Inwieweit finden die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs über gegenseitige Verträge auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung?

Inaugural-Dissertation

der hohen

juristischen Fakultät der Universität Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Heinrich Paul
Justizreferendär in Heilbronn.

Heilbronn.
Druck der Schell'schen Buchdruckerei, Viktor Kraemer.
1906.

Inwieweit finden die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs über gegenseitige Verträge auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung?

Inaugural-Dissertation

der hohen

juristischen Fakultät der Universität Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Heinrich Paul
Justizreferendär in Heilbronn.

Heilbronn.
Druck der Schell'schen Buchdruckerei, Viktor Kraemer.
1906.

Genehmigt auf Antrag des
Referenten, Professors Dr. v. Rümelin
am 21. Dezember 1905.

Inhalts-Verzeichnis.

A. Einleitung.

Seite

§ 1. Stand der Streitfrage und Aufgabe 1

B. Die Anwendung der Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag im Allgemeinen.

Ist die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag, und welche Verpflichtungen der Gesellschafter stehen im Verhältnis der Gegenseitigkeit?

§ 2. Der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag 2

§ 3. Die nicht gegenseitigen Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander 14

C. Die Anwendung der Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag im Einzelnen.

§ 4. a) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags 27

b) Die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung, §§ 323—325.

§ 5. Allgemeines über die Anwendung der §§ 323 ff. 38

§ 6. Die Einzelanwendung der §§ 323—325 47

§ 7. c) Der Leistungsverzug 56

A. Einleitung.

§ 1.

Stand der Streitfrage und Aufgabe.

Das B.G.B. hat in §§ 320—327 allgemeine Vorschriften über gegenseitige Verträge getroffen, ohne im einzelnen Bestimmungen nach der Richtung zu geben, welche Verträge es als gegenseitige auffaßt. Es ist demgemäß die schon im gemeinen Recht bestrittene Frage, ob der Gesellschaftsvertrag als ein gegenseitiger Vertrag anzusehen sei, auch unter der Herrschaft des B.G.B. wieder aufgeworfen worden.

Aber auch soweit diese prinzipielle Frage bejaht wird, herrscht keine Uebereinstimmung darüber, inwieweit die in den §§ 320 ff. niedergelegten Normen im Einzelnen zur Anwendung herangezogen werden müssen.

Die Materialien zum B.G.B. geben keinen Aufschluß: in den Motiven II S. 598 wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die Lösung der Frage, ob in Ansehung der den Gesellschaftern gegeneinander obliegenden Verpflichtungen, bezw. in Ansehung welcher dieser Verbindlichkeiten die exceptio non adimpleti contractus stattfinde, der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben solle. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen wird allerdings in Mot. II S. 600 vorausgesetzt. Aber auch hier wird die nähere Bestimmung über die Art und Weise dieser Anwendung beim Gesellschaftsvertrag der Wissenschaft und Praxis überlassen. Und in den Protokollen ist zwar an einer Stelle, II. S. 525, ausgesprochen, daß dem Anspruch eines Gesellschafters auf späteren Gewinn die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenstehe; es wird indessen, wie Planck S. 454 und Knoke S. 42 bemerken, richtiger sein, aus dieser gelegentlich gefallenen Äußerung bei dem sonstigen Schweigen der Protokolle über die Frage keine prinzipiellen Schlüsse auf ihre Stellungnahme zu ziehen.

Somit wäre die Lösung der Wissenschaft und Praxis überlassen. Allein letztere hat sich naturgemäß bei der Kürze der Zeit seit Einführung des B.G.B. erst sehr wenig mit der Frage beschäftigt; in der Wissenschaft aber sind die widersprechendsten Meinungen vertreten. Die einen verneinen die Anwendbarkeit §§ 320 ff. vollständig; andre erklären zwar die Einrede des nicht erfüllten Vertrags für anwendbar, nicht aber die Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung. Eine dritte Ansicht geht dahin, daß zu unterscheiden sei, ob die Gesellschaft aus zwei oder mehr Personen bestehe. Demgegenüber erklärt sich die Mehrheit zwar prinzipiell für die Anwendbarkeit sämtlicher Vorschriften und bei allen Gesellschaftsverträgen, aber nur auf bestimmte der aus dem gesellschaftlichen Vertragsverhältnis entspringenden Verbindlichkeiten — wobei jedoch im Einzelnen wiederum mancherlei Widerspruch herrscht.

Wenn nunmehr im Folgenden der Versuch gemacht wird, bei diesem Stand der Streitfrage zu einer Lösung beizutragen, so soll dabei unter Berücksichtigung der in Literatur und Praxis vertretenen Stellungnahme ausgegangen werden von der grundlegenden Frage, ob im Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag zu erblicken sei. Weiterhin aber soll auch untersucht werden, ob und inwiefern die einzelnen der in §§ 320—327 B.G.B. gegebenen Normen Anwendung finden können und inwieweit sich Modifikationen ergeben, die mit Rücksicht auf die Eigenartigkeit des Gesellschaftsvertrags, auf den mutmaßlichen Willen der Parteien, sowie auf Treu und Glauben geboten erscheinen.

B. Die Anwendung der Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag im Allgemeinen.

Ist die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag und welche Verpflichtungen der Gesellschafter stehen im Verhältnis der Gegenseitigkeit?

§ 2.

Der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag.

I. In der Literatur zum B.G.B. wird der Gesellschaftsvertrag mit überwiegender Mehrheit als ein gegenseitiger Vertrag angesehen.

Auf diesem Standpunkt stehen Planck S. 451 ff.; Örtmann S. 443; Scherer S. 1011; Kuhlenbeck S. 488; Neumann S. 329 zu § 705; Engelmann S. 384 ff.; Matthias S. 552 ff.; Cosack S. 427; Enneccerus S. 563; Goldmann und Lilienthal S. 727 ff.; Crome S. 763, 771; Knoke S. 41 ff.; Eschelbacher S. 25 ff.; Müller S. 409; Geib S. 512; Kisch S. 565; Dernburg S. 613; Schollmeyer S. 147; dabei wird allerdings der Begriff des gegenseitigen Vertrags von diesen Schriftstellern verschieden gefaßt: das genetische Synallagma wird von sämtlichen anerkannt in dem Sinn, daß der Gesellschaftsvertrag nur zustandekommt, wenn alle Gesellschafter verpflichtet werden; dagegen bestreiten Dernburg und Schollmeyer, daß auch das funktionelle Synallagma, d. h. die wechselseitige Abhängigkeit der Leistungspflichten im Sinn der exceptio non adimpleti contractus zutreffe.

Die synallagmatische Natur des Gesellschaftsvertrags wird schlechthin geleugnet von Titze S. 309 ff.; Schefold S. 70 ff.; Endemann S. 1134 f.

II. Für die Ansicht, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, spricht zunächst der Wortlaut des § 705: Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter „gegenseitig", die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.

Allerdings ist Endemann a. a. O. S. 1135 der Ansicht, mit dem Ausdruck gegenseitig in § 705 sei nicht ein gegenseitiger Vertrag gemeint; vielmehr bedeute gegenseitig hier, wie in §§ 779, 2098, 2269, 2270 II, 2280 und in E.G. Art. 199 dasselbe wie „einander" oder „wechselseitig." Allein, so wenig Wert dieser Wortinterpretation für die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage beizulegen sein dürfte, so muß doch betont werden, daß mit dem Ausdruck „gegenseitig" in § 779 zweifellos ein gegenseitiger Vertrag gemeint ist, wie dies aus der Fassung des entsprechenden § 666 E. I, wo ausdrücklich von „gegenseitigem Vertrag" die Rede war, sowie auch aus Mot. II, S 617 und Prot. II., S. 538, wo gleichfalls die synallagmatische Natur des Vergleichs berührt ist, hervorgeht. Was aber die andersartige Bedeutung des Wortes „gegenseitig" in den andern von Endemann angeführten Gesetzesbestimmungen anlangt, so ist darauf hinzuweisen, daß bei dem Umstand, daß die Abfassung der

einzelnen Bücher des B.G.B. anfänglich in der Hand verschiedener Redaktoren lag, keine volle Garantie dafür gegeben ist, daß einzelne Ausdrücke durch das ganze Gesetzbuch hindurch stets in gleichem Sinn gebraucht sind. Immerhin ist die Wahrscheinlichkeit größer, daß das Wort „gegenseitig" innerhalb des einheitlich redigierten 2. Buchs in wiederkehrend gleicher Bedeutung angewendet wird, als daß die Bedeutung dieses Worts in § 705 der desselben Worts im 5. Buch entspräche. Der Ausdruck „gegenseitig" im 5. Buch scheint mehr zufällig gewählt zu sein, wofür auch die Tatsache spricht, daß er erst späteren Ursprungs ist; denn in dem dem § 2098 entsprechenden § 1803 E. I (die andern angezogenen Bestimmungen sind in E. I gar nicht enthalten) heißt es „für einander." Außerdem ist es doch ein wesentlicher Unterschied, ob von gegenseitiger Erbeinsetzung oder von gegenseitigem „sich verpflichten" die Rede ist. Auch die Fassung in § 717: „gegen einander" dürfte kaum von prinzipieller Bedeutung sein; sie ist wohl einfach als die sprachlich nächstliegende für die Worte „gegen die übrigen Gesellschafter" in § 644 E. I gewählt worden.

Schefold S. 72 spricht dem Wort „gegenseitig" in § 705 prinzipielle Bedeutung in dem Sinn von „gegenseitigem Vertrag" vor allem deshalb ab, weil auch bei andern Verträgen, wie dem streng einseitigen Auftrag, gegenseitige Verpflichtungen bestehen, bezw. bestehen können. Allein einmal gebraucht das Gesetz beim Auftrag nirgends die Bezeichnung „gegenseitige Verpflichtung" und sodann sind die von Anfang an bestehenden Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander aus dem Gesellschaftsvertrag doch wesentlich verschieden von den mehr zufälligen Verbindlichkeiten, die dem Auftraggeber gegen den Beauftragten erwachsen können.

Die Ansicht, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger ist, findet weiterhin eine Stütze in der Stellungnahme der Mehrheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller — Sintenis S. 712; Wendt S. 497; Dernburg, Pandekten S. 53; Windscheid S. 557 —, ferner im Standpunkt der bisherigen Rechtsprechung — Seuff. Archiv Bd. 25 No. 105, 237; 29 No. 235; 48 No. 183; 54 No. 221; R.G. 26, 253; J.W. 1900 No. 92, S. 841[9] —, sowie in den Ausführungen der Motive, wo S. 594 ausgesprochen ist, daß jeder Gesellschafter für sich auftrete, sich jedem Mitgesellschafter obligiere

und sich andrerseits jeden Mitkontrahenten verbindlich mache, ein Wortlaut, der ohne Zwang nicht anders, als im Sinn eines gegenseitigen Vertragsverhältnisses aufgefaßt werden kann; und noch deutlicher ist auf S. 595 von einem gegenseitigen obligatorischen Verhältnis die Rede. Vor allem aber geht daraus, daß auf S. 598 die Anwendung der exceptio non adimpleti contractus auf die gesellschaftlichen Verpflichtungen in Erwägung gezogen und daß auf S. 600 unter Aufführung des § 368 E. I (heute §§ 323 und 324) auf die allgemeinen Grundsätze bei gegenseitigen Verträgen verwiesen ist, hervor, daß die Motive im Gesellschaftsvertrag einen gegenseitigen Vertrag sehen. Wenn Endemann S. 1135 den Motiven jede Bedeutung als Auslegungsmittel deshalb abspricht, weil nach den Beschlüssen der ersten Lesung die Gesellschaft nach Art der Sozietät aufgebaut gewesen sei, während im B.G.B. durch Einführung des deutschrechtlichen Prinzips der Gesamthand in die Gesellschaft eine grundsätzliche Änderung in der Beurteilung des Gesellschaftsverhältnisses gegenüber dem ersten Entwurf kundgegeben sei, so geht dies zu weit: es müßte, um diese Folgerung gerechtfertigt erscheinen zu lassen, erst bewiesen werden, daß die gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens auch im Verhältnis aller einzelnen Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag eine grundsätzliche Veränderung gegenüber dem gemeinen Recht herbeigeführt habe; ein solcher Beweis kann aber kaum erbracht werden.

Übrigens geht auch aus der — für die prinzipielle Stellungnahme der Protokolle unmaßgeblichen — Äußerung in Prot. II S. 525, daß dem Anspruch eines Gesellschafters auf späteren Gewinn die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenstehe, hervor, daß auch unter den Redaktoren noch auf dem Boden der neuen Auffassung vom Gesellschaftsvermögen die Ansicht sich vertreten fand, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist.

III. Außer diesem im Wortlaut des Gesetzes, in Geschichte und Materialien sich darbietenden Hinweis darauf, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, lassen sich für diese Ansicht aber auch sachliche Gründe finden, die sich auf Grund der Untersuchung des gesellschaftlichen Verhältnisses selbst ergeben.

In der Literatur finden sich folgende Ansichten:

Eine Gruppe von Schriftstellern legt Gewicht darauf, daß beim

Gesellschaftsvertrag nicht ein Austausch von Gütern stattfinde, daß nicht der eine dem andern, sondern jeder an beide leiste, daß nicht das Interesse an der Leistung des Gegners den Grund für die eigene Leistung abgebe, sondern das Interesse an der Erreichung des gemeinsamen Zwecks, daß somit diese und nicht die Leistung des Gegners juristischer Zweck der eigenen Leistung sei. Daher erklären sie es für unangängig, die beiderseitigen Leistungen als Leistung und Gegenleistung anzusehen. So Titze S. 309 f., Schefold S. 71. Da aber auch der Gewinnanteil und das, was den Gesellschaftern bei der Auseinandersetzung zukommt, nicht als Gegenleistung für die Beitragsleistung anzusehen sei, und zwar wegen der Unabhängigkeit des Gewinnanteils von der Beitragsleistung, wegen der mehr zufälligen, nicht vertragswesentlichen Natur des Auseinandersetzungsanspruchs, so ergebe sich, daß die Gesellschaft kein gegenseitiger Vertrag sei.

Demgegenüber bestreiten andre, daß der Umstand, daß beim Gesellschaftsvertrag ein Austausch der Leistungen nicht stattfinde, zum Beweis dafür herangezogen werden könne, daß der Gesellschaftsvertrag nicht zu den gegenseitigen Verträgen gehöre; denn daß diesen ein Austausch der Leistungen wesentlich sei, bedürfe selbst erst des Beweises. Es genüge, wenn die Leistung des einen Rechtsgrund für die Leistung des andern sei, und das treffe auf den Gesellschaftsvertrag zu. Diesen Standpunkt vertreten Kisch a. a. O. S. 564 ff., Knoke S. 42, auch Goldmann S. 731 („Entgelt"). Ersterer namentlich führt aus, es sei zwar bei der Gesellschaft das entferntere Ziel, das Motiv, um dessentwillen sie eingegangen werde, die Förderung eines durch die gemeinschaftlichen Leistungen zu erreichenden Ziels. Das direkte Mittel seiner Erstrebung bestehe aber in Leistungen der einzelnen Teilnehmer, und diese Leistungen werden von jedem mit Rücksicht darauf übernommen, daß auch der andre seinerseits beizutragen verspreche. Dem Sinn des Vertrags und der Absicht der Parteien entspreche es daher am besten, daß die rechtlichen Schicksale der einen Pflicht auf den Bestand der andern einen Rückschlag äußern; die Verbindlichkeiten laufen somit nicht, wie die Gegner behaupten, parallel, sondern beeinflussen sich genetisch und funktionell.

Noch entschiedener bekennen sich zu dieser Meinung Planck, Cosack und Eschelbacher, indem sie sogar soweit gehen, zu erklären,

in betreff der für den gemeinsamen Zweck zu leistenden Beiträge finde ein direkter Austausch statt, da jeder Teil seinen Beitrag, wenn auch nicht dem andern Teil ausschließlich, so doch an das im gesamthänderischen Eigentum stehende Gesellschaftsvermögen, somit auch an den andern leiste. Cosack sagt, jeder Gesellschafter tausche seine Leistungen gegen die Leistungen aller andern aus.

Endemann endlich mißt der Frage, ob die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag sei, eine Bedeutung überhaupt nicht bei. Er unterscheidet bei der Gesellschaft zwischen dem Begründungsrechtsgeschäft und dem Gesellschaftsverhältnis, auch Gesellschaftsverband genannt, mit den jeweils hieraus sich entwickelnden Verbindlichkeiten. Dabei versteht er unter Begründungsrechtsgeschäft die auf Schaffung, oder auch durch nachträgliche Zusätze auf Änderung des Gesellschaftsverhältnisses gerichtete vertragsmäßige Einigung einer Mehrheit von Personen, unter Gesellschaftsverband das personenrechtliche, auf der Grundlage des Gesellschaftsvermögens aufgebaute Genossenschaftsverhältnis, aus dem sich mehrfache und verschiedenartige Ansprüche ableiten. Die Beitragspflichten sind nun nach seiner Ansicht nicht unter sich gegenseitig, sondern lediglich davon abhängig, ob das Zustandekommen des Gesellschaftsverbands mit Hilfe der geleisteten Beiträge möglich sei oder nicht.

IV. Wie ist nun zu entscheiden?

Es ist zuzugeben, daß sich der Gesellschaftsvertrag in mehrfacher Hinsicht von den unbestrittenen gegenseitigen Verträgen, wie Kauf und Miete, unterscheidet. Zunächst darin, daß es sich beim Gesellschaftsvertrag nicht um einen Austausch der Leistungen im Sinn eines Herübergebens von einer Hand in die andre handelt. Die Leistung wird zwar aus dem eigenen Vermögen des Leistenden weggegeben, aber sie wird entweder dem andern überhaupt nicht übereignet, sondern gemeinschaftliches Vermögen oder, selbst wenn sie in das Eigentum des andern übergeht, doch zu gemeinschaftlichem Nutzen verwandt. Und damit hängt zusammen, daß die Gesellschafter mit ihren Leistungen nicht, wie Käufer und Verkäufer, verschiedene Zwecke verfolgen, sondern daß der mit den gesellschaftlichen Leistungen verfolgte Zweck ein allen Gesellschaftern gemeinsamer ist. Gerade dieser den Gesellschaftern gemeinsame Zweck, der Gesellschaftszweck, ist von ganz andrer Bedeutung für den Bestand des Gesellschafts-

vertrags, als es die hinter der Austauschverabredung stehenden weiteren Zwecke für den Bestand der gewöhnlichen synallagmatischen Verträge, wie Kauf und Miete, sind. Hier können zwar deklarierte Zwecke maßgebend sein für die Auslegung bezüglich des Leistungsinhalts: wer ein Pferd kauft zu dem ausgesprochenen Zweck, seinen Acker damit zu bestellen, dem darf kein Reitpferd geliefert werden. Sie können ferner unter Umständen ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung der Wirksamkeit des Vertrags erhoben werden: hat ein Unternehmer Aussicht, den amtlichen Rollfuhrbetrieb übertragen zu erhalten und kauft er sich zu Zwecken dieses Betriebs Pferde, so kann er die tatsächliche Übertragung des Betriebs zur Kaufbedingung machen, und damit dem verfolgten Zweck Einfluß auf den Bestand seiner Verpflichtung verschaffen. Abgesehen davon aber wirkt die Vereitlung des Zwecks nicht auf die Wirksamkeit des Vertrags ein: die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme des Ackerpferdes und Bezahlung des Kaufpreises wird nicht dadurch aufgehoben, daß sein Acker im Weg der Zwangsversteigerung veräußert wird, und er daher für das Pferd keine Verwendung mehr hat.

Anders beim Gesellschaftszweck. Es bedarf nicht besonderer Parteivereinbarungen, um dem Gesellschaftszweck einen Einfluß auf den Bestand der Leistungsverbindlichkeiten der Gesellschafter einzuräumen. Vielmehr gehört es schon zum Begriff des Gesellschaftsvertrags, daß sämtliche Verpflichtungen, die die Gesellschafter auf sich nehmen, mit Rücksicht darauf eingegangen werden, daß mittels der Leistungen der Gesellschaftszweck gefördert werden soll (§ 705). Wird dies dadurch unmöglich, daß der Gesellschaftszweck unerreichbar wird, so sind die Leistungen gegenstandslos geworden; daher entfallen mit Notwendigkeit die Verpflichtungen der Gesellschafter. Der Gesellschaftsvertrag löst sich auf (§ 726).

Allein mit allen diesen Eigenarten des Gesellschaftsvertrags, namentlich der dem Vertrag wesentlichen Abhängigkeit der Leistungspflichten von der Erreichbarkeit des Gesellschaftszwecks ist noch nicht erwiesen, daß die Leistungsverbindlichkeiten nicht doch unter sich in dem Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit stehen könnten, wie es den §§ 320 ff. zu Grund liegt.

Um diese Frage zu entscheiden, muß von der Interpretation des Parteiwillens ausgegangen werden. Es muß untersucht werden,

von welchen leitenden Gedanken die Kontrahenten bei Eingehung des Gesellschaftsvertrags ausgehen, und was sich hieraus als Vertragswille hinsichtlich der Abhängigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen von einander ergibt, wenn man unterstellt, daß die Parteien die Sachlage überblicken und ihr Interesse in verständiger Weise zu wahren bestrebt sind.

Wer eine Gesellschaft eingeht, verfolgt einen bestimmten Zweck, sei es wirtschaftlicher, ethischer, künstlerischer, sozialer oder politischer Natur. Da er aber erkennt, daß er diesen Zweck mit eigenen Mitteln nicht, oder nicht in dem Umfang oder nicht so leicht, wie er wünschte, erreichen kann, daß ihm hiezu vielmehr die Mittel eines andern notwendig sind, so sucht er sich einen andern, der denselben Zweck verfolgt, wie er, und sichert sich seine Mitwirkung zu dem gemeinsamen Zweck dadurch, daß er sich selbst verpflichtet, in der vertragsmäßigen Weise zur Förderung dieses Zwecks beizusteuern. Der einfachste Fall ist, daß zwei Gesellschafter auf diese Weise zusammengehen. Es will sich jemand eine Zeitung halten: weil ihm aber der Abonnementspreis zu teuer ist, vereinbart er, das Blatt zusammen mit einem Zweiten zu lesen, so, daß jeder die Hälfte des Bezugspreises bezahlt. Es will jemand ein Grundstück kaufen, in der Voraussicht, es mit Gewinn weiterveräußern zu können; allein ist er beschränkter Mittel halber, oder weil ihm das Risiko zu groß ist, hiezu nicht im stand: er verbindet sich daher mit einem andern zum gemeinschaftlichen Kauf des Grundstücks. Es will jemand in einer Lotterie spielen: die hohe Ausgabe für ein Los scheuend, vereinbart er, es zusammen mit einem Bekannten zu erwerben. Ein Kaufmann will ein Geschäft gründen: da seine Kapitaleinlage aber zu gering ist, als daß damit eine hinreichende Aussicht auf Erfolg des Unternehmens garantiert wäre, assoziert er sich mit einem Genossen, der die gleiche Geschäftseinlage zu machen bereit ist.

Die Leistungspflichten jedes Genossen sind nun in doppelter Weise von der Erreichbarkeit des Gesellschaftszwecks abhängig:

Einmal, wie schon angedeutet, in der Weise, daß die Leistungsverbindlichkeiten entfallen, wenn der Zweck der Gesellschaft überhaupt unerreichbar wird; sei es objektiv, wenn inzwischen die Zeitung eingegangen ist, wenn der Acker nicht mehr feil ist, wenn die Lotterie

schon gezogen worden ist; sei es subjektiv, wenn auch die vereinten Leistungen der Genossen noch nicht genügen zur Erreichung des Gesellschaftszwecks. So, wenn für das Grundstück nachträglich mehr verlangt wird, als die Summe der beiderseitigen Einlagen, wenn sich infolge ungünstigen Konjunkturumschwungs auch bei Einlage der vereinten Kapitalien keine Aussicht auf einen erfolgreichen Geschäftsbetrieb eröffnet. Es bedürfte nicht erst der Bestimmung des § 726, wonach in solchen Fällen der Gesellschaftsvertrag endigt, um zu dem Ergebnis zu gelangen, daß hier die Verpflichtungen der Gesellschafter rückgängig gemacht werden müssen.

Weiterhin aber auch in dem Sinn, daß die Leistungen nicht geschuldet sein sollen, wenn der Gesellschaftszweck deswegen nicht erreicht werden kann, oder in Gefahr ist, nicht erreicht zu werden, weil die nötigen Mittel zu seiner Erreichung nicht bereitstehen. Trotzdem die Erreichung des Gesellschaftszwecks an sich und mit den Mitteln der Gesellschaft, wenn sie vertragsmäßig beigesteuert werden, möglich ist, entfällt die Beitragspflicht der Gesellschafter dauernd oder zeitweise dann, wenn infolge dauernden Ausfalls oder zeitweisen Ausbleibens der Beitragsleistung des Genossen die Erreichung des gemeinsamen Zwecks in Frage gestellt wird. Dies muß als vermutlicher Wille der Parteien unterstellt werden. Denn gerade um des gemeinsamen Zwecks willen hat sich jeder Gesellschafter mit dem Genossen verbunden und sich selbst ihm gegenüber verpflichtet; er will daher nicht leisten müssen, ohne für die Erreichung dieses Zwecks insoweit wenigstens eine Garantie zu haben, als der Genosse sie zu geben im stande ist. Mit dieser Abhängigkeit zwischen Beitragspflicht und Zweck ist aber die Abhängigkeit der Leistungspflichten von einander festgestellt: indem jeder Gesellschafter seine Leistung in dem Sinn von der Erreichbarkeit des Zwecks abhängig macht, daß er nicht verpflichtet sein will, wenn die Erreichung des Zwecks infolge Nichtleistung des andern zweifelhaft geworden ist, macht er die Erfüllung seiner Beitragspflicht abhängig von der Erfüllung der Beitragspflicht des Mitgesellschafters, soweit diese zur Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig ist.

So ergibt sich unstreitig, daß der eine zur Zahlung der Hälfte des Zeitungsabonnements nicht verpflichtet sein will, wenn der andre nicht zu zahlen bereit ist, da ja dann die Zeitung doch nicht

bezogen werden kann. Es will der eine Gesellschafter nicht verbunden sein, die Hälfte des Kaufpreises für das Grundstück einzuschießen, ehe der andre ebenfalls hiezu bereit ist, weil damit doch der Acker nicht erworben werden könnte. Es will der eine der beiden Kaufleute zur Einlage seines Kapitals nicht genötigt sein, solange der andre sich nicht zu leisten erbietet, da nur mit den vereinigten Kapitalien sich die Aussicht auf ersprießlichen Geschäftsgang darbietet, und er sein Kapital nicht dem Risiko eines Geschäftsbetriebs aussetzen will, der zweifelhaft ist, solange nicht das Kapital des Genossen mitarbeitet.

Indessen wird man nicht bloß darauf abstellen dürfen, ob der gemeinsame Zweck ohne die jeweils in Frage stehende gegnerische Leistung erreichbar bleibt oder nicht. Oft wird es sich nicht so sehr um Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks handeln, als vielmehr darum, daß der Zweck nur in beschränktem Umfang erreicht werden kann. Zumal bei Erwerbsgesellschaften, bei denen der Zweck ist, Geld zu verdienen, wird bei Unterbleiben einer Leistung meist nur eine Verminderung der Gewinnchance eintreten. Allein auch eine solche Verminderung durch Nichtleistung des Genossen braucht sich der einzelne Gesellschafter nicht gefallen zu lassen. Man wird daher, um dem mutmaßlichen Willen der Parteien gerecht zu werden, eine Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten von einander schon insoweit anzunehmen haben, als durch Nichtleistung von der einen Seite der Zweck der Gesellschaft beeinträchtigt wird.

Dieselben Gesichtspunkte sind auch in weniger einfachen Fällen maßgebend, namentlich auch, wo die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht. In einer kleinen Stadt besteht eine Lesegesellschaft unter den Honoratioren zum Halten verschiedener Zeitungen und Zeitschriften mit einem Bestand von 30 Mitgliedern und einem Jahresbeitrag von je 5 ℳ. Ein Grundstückseigentümer, ein Bautechniker und ein Steinbruchbesitzer gehen eine Gesellschaft ein zur Erbauung eines Hauses auf gemeinschaftlichen Gewinn. Der erste bringt das Grundstück ein, der letztere liefert die Steine, der dritte erbaut das Haus; was noch fehlt, wird auf gemeinsame Umlage beschafft. Eine Anzahl Geschäftsfirmen vereinigen sich zum Ankauf der für ihren Geschäftsbetrieb nötigen Heizungsmaterialien, weil dadurch ermöglicht ist, ein so großes Quantum zu kaufen, daß

Engrospreise gewährt werden, während beim Einkauf durch die Einzelfirmen die teureren Detailpreise gezahlt werden müßten. Mehrere Zechenbesitzer eines Kohlenreviers schließen sich zusammen, um den Marktpreis für Kohle in angemessener Höhe zu halten, mit der Verabredung, ihre Produkte durch eine gemeinsame Verkaufsstelle zu verkaufen und jeden Privatverkauf zu unterlassen.

Auch in diesen Fällen ergibt sich als Wille der Parteien, daß die Leistungspflicht jedes Gesellschafters davon abhängig sein solle, daß auch die Mitgesellschafter zu leisten bereit sind, soweit ihre Leistung zur unverminderten Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig ist. Dies trifft in den angeführten Beispielen nur in beschränktem Umfang zu.

So ist es bei der Lesegesellschaft auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks, die Darbietung ausreichender Lektüre, ohne Einfluß, wenn der eine oder andre Gesellschafter seinen Beitrag nicht zahlt. Das Gleiche gilt bei der Gesellschaft zur Erzielung billiger Preise für Heizmaterial, wenn auch ohne die Beteiligung des einzelnen noch ein so großes Quantum Kohle u. s. w. gekauft werden kann, daß die Gesellschafter in den Genuß der Engrosvergünstigung gelangen. In diesen Fällen wird daher die Interpretation des Parteiwillens nicht dahin führen, daß die Leistung der einzelnen Gesellschafter von der Leistung jedes andern abhängig sein solle.

Anders, wenn es sich um das Verhältnis der Leistung des einzelnen Gesellschafters zu den Leistungen einer größeren Anzahl seiner Genossen handelt, oder zu einer so bedeutenden Leistung eines einzelnen Genossen, daß sie trotz der Mehrzahl der Beteiligten auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks von Einfluß ist. Äußert es bei der Lesegesellschaft keine Einwirkung auf den Gesellschaftszweck, ob der eine oder andre Gesellschafter seinen Beitrag nicht zahlt, so wird doch sicher eine Beeinträchtigung des Gesellschaftszwecks dann die Folge sein, wenn eine größere Anzahl der Mitglieder, gar ein Viertel oder die Hälfte, ihren Beitrag nicht leistet. Auf den Zweck der Einkaufsgesellschaft ist es von Einfluß, wenn ein so großer Teil der Genossen seine Beteiligung versagt, daß das Quantum, dessen die übrigen bedürfen, zum Engrospreis nicht mehr abgegeben wird. Auf das Kohlenkonsortium wirkt die Nichtbeteiligung des bedeutendsten Zechenbesitzers zweckvereitelnd ein,

wenn die übrigen nicht mehr in der Lage sind, ohne ihn den gewünschten Einfluß auf den Kohlenmarkt auszuüben. Der gemeinschaftliche Hausbau der drei Gesellschaften ist unmöglich, wenn einer von ihnen seine vertragsmäßige Leistung nicht bewirkt.

In diesen Fällen wird daher die Interpretation des Parteiwillens das Resultat ergeben, daß die Leistungspflicht der einzelnen Gesellschafter von der Leistung des oder der betreffenden andern Genossen abhängig sein soll.

Die bisherige Untersuchung hat zu dem Ergebnis geführt, daß nach dem Willen der Parteien die Leistungspflicht eines jeden Gesellschafters von der Leistungsbereitschaft der Mitgesellschafter insoweit abhängig sein solle, als die Nichtbewirkung der betreffenden Leistung die Vereitelung oder Beeinträchtigung des Gesellschaftszwecks zur Folge haben würde. Indessen dürfte dieser objektive Maßstab den Interessen der Beteiligten noch nicht völlig gerecht werden. Kann einem Gesellschafter zugemutet werden, daß er, wenn seitens seines Mitgesellschafters oder seiner Mitgesellschafter nicht geleistet wird, eine bis zu objektiver Sicherheit führende Prüfung darüber anstellt, ob tatsächlich diese Nichtleistung eine Vereitelung oder Beeinträchtigung des Gesellschaftszwecks zur Folge hat? kann ihm dies namentlich zugemutet werden, wenn er auf Erfüllung seiner Beitragsverbindlichkeit verklagt ist, und es sich darum handelt, ob er der Klage gegenüber seinen Beitrag verweigern solle oder nicht? Und sollen ihm Nachteile daraus entstehen können, wenn er der Wirklichkeit zuwider angenommen hat, die Nichtleistung des oder der andern beeinträchtige den Gesellschaftszweck, und demgemäß Erfüllung seiner Verbindlichkeit verweigert hat? Die Folge wäre, daß der betreffende Gesellschafter, in Ungewißheit darüber, ob wirklich durch die Nichtleistung auf Gegenseite eine Gefährdung des gemeinsamen Zweckes bedingt ist, häufig vor die Wahl gestellt wäre, entweder seine vertragsmäßige Leistung zu bewirken auf die Gefahr hin, sie an eine aussichtslose Sache zu verschleudern und keinen Ersatz dafür zu verlangen, oder infolge Verweigerung seiner Leistung sich einer in ihrem Umfang vielleicht unübersehbaren Schadensersatzpflicht auszusetzen. Dies entspräche nicht der Billigkeit. Die Interpretation des Parteiwillens muß daher noch weiter gehen. Nicht nur wenn objektiv feststeht, daß durch die Nichtleistung seitens

des oder der Genossen der Gesellschaftszweck vereitelt oder beeinträchtigt wird, will der einzelne Gesellschafter von seiner Verpflichtung frei sein, sondern schon dann, wenn er annimmt und bei verständiger Würdigung der Sachlage, soweit nach seinen besonderen Verhältnissen eine solche von ihm verlangt werden kann, annehmen darf, daß die Nichtleistung auf der Gegenseite eine Beeinträchtigung oder Vereitelung des Gesellschaftszwecks im Gefolge haben werde. Dies ist um so mehr als Willen der Vertragschließenden anzusehen, als häufig nicht nur der einzelne Gesellschafter nicht in der Lage sein wird, mit Sicherheit festzustellen, inwieweit Nichtleistung auf der andern Seite den Gesellschaftszweck beeinflußt, sondern auch eine solche Feststellung zum voraus schlechthin für jedermann, also objektiv unmöglich sein wird.

Zusammenfassend dürfte demnach zu sagen sein: Die Interpretation des vernünftigen Parteiwillens führt zu dem Ergebnis, daß nach dem Willen der Beteiligten der einzelne Gesellschafter zu seiner vertragsmäßigen Leistung dann nicht verpflichtet sein solle, wenn nicht seitens des oder der andern Gesellschafter dasjenige geleistet oder angeboten wird, was zur Erreichung des Gesellschaftszwecks in dem erstrebten Umfang notwendig ist oder doch ihm bei verständiger Beurteilung der Sachlage, soweit solche unter den obwaltenden Verhältnissen ihm möglich und von ihm zu verlangen ist, notwendig erscheint.

Diese Leistung des Vertragsgegners steht somit zu seiner eigenen Leistung nach dem Willen der Kontrahenten im Verhältnis der Gegenseitigkeit, des Synallagmas i. S. der §§ 320 ff.

Weist die Auslegung des Gesellschaftsvertrags aber auf diesen Willen der Vertragschließenden hin, so ist kein Grund ersichtlich und vorhanden, ihm die rechtliche Anerkennung zu versagen. Es ist daher der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag: ohne daß jedoch damit der Frage vorgegriffen ist, inwieweit unter Umständen die Auslegung bezüglich der einzelnen Verpflichtungen andere Resultate ergeben kann, wie später zu erörtern ist.

§ 3.

Die nicht gegenseitigen Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander.

I. Aus der grundsätzlichen Feststellung, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, ist nun aber keineswegs mit

Notwendigkeit zu folgern, daß darnach alle die Verpflichtungen, die sich aus dem gesellschaftlichen Vertragsverhältnis im Einzelnen ergeben können, im Gegenseitigkeitsverhältnis zu einander stehen müßten.

Diese Folgerung trifft auch sonst nicht zu. Denn es zeigt sich, daß auch bei den unbestritten gegenseitigen Verträgen neben den synallagmatischen Verpflichtungen der Kontrahenten Verbindlichkeiten nicht gegenseitiger Natur bestehen können: wie z. B. beim Kauf zwar die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Preises und die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der verkauften Sache, nicht aber die letztere Pflicht und die Abnahmepflicht des Käufers im Synallagma stehen. Dies hebt, allerdings im Widerspruch mit der herrschenden Meinung, besonders Staub zu § 374 Note 141, 143 und 145 hervor, indem er als weitere Beispiele ähnlicher nicht synallagmatischer Verbindlichkeiten anführt seitens des Verkäufers die Verpflichtung, die Ware an andre Kaufleute eines bestimmten Bezirks nicht zu liefern, oder, eine Probe mit einer zu liefernden Maschine vorzunehmen, seitens des Käufers, von keinem andern Lieferanten Waren zu beziehen, oder, dem Verkäufer vierteljährlich eine Bilanz seines Vermögens zu übergeben.

So geht auch bezüglich des Gesellschaftsvertrags schon aus der bisherigen Darstellung hervor, daß diejenigen Verbindlichkeiten der Gesellschafter, deren Erfüllung oder Nichterfüllung ohne Einfluß auf den Gesellschaftszweck ist, nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, weder unter sich, noch zu den übrigen Beitragspflichten. Dabei ist es gleichgültig, ob die Unerheblichkeit darauf beruht, daß der einzelne Gesellschafter neben seiner Hauptverpflichtung noch eine Nebenverbindlichkeit, etwa in Gestalt einer Konkurrenzklausel, ausdrücklich oder stillschweigend eingegangen hat, oder daß die Gesellschafterzahl eine so große ist, daß es, wie bei der obengenannten Lesegesellschaft, auf den Beitrag des einzelnen Gesellschafters nicht ankommt, vielmehr erst die Beiträge einer Mehrzahl der Gesellschafter von Einfluß auf den Erfolg des gesellschaftlichen Unternehmens sind.

II. Während sich indessen bei den gedachten Verbindlichkeiten der nicht synallagmatische Charakter daraus ergibt, daß sie mehr oder weniger untergeordnete Bedeutung haben, begegnet man speziell

beim Gesellschaftsvertrag einer Reihe sehr wesentlicher Verpflichtungen, bei denen sich nichtsdestoweniger die Frage erhebt, ob sie untereinander und zu den Beitragspflichten im Verhältnis der Gegenseitigkeit stehen. Es handelt sich hiebei um Verpflichtungen, die ihren Grund darin haben, daß die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zu einander sich in den Beitragspflichten nicht erschöpfen, daß unter ihnen vielmehr ein, zum Teil auf dem durch die Beiträge gebildeten Gesellschaftsvermögen beruhendes Gemeinschaftsverhältnis besteht, das während seiner Dauer die Notwendigkeit besonderer Verwaltungsmaßnahmen auslöst, und zu dessen Beendigung eine Ausgleichung unter den Beteiligten und eine Verteilung etwaiger gemeinschaftlicher Gegenstände erforderlich ist. Diese Verpflichtungen sind im einzelnen: Die Pflicht zur Geschäftsführung, die Pflicht zur Anteilgewährung am Gewinn und zur Beteiligung am Verlust, sowie die Pflicht zur Überlassung dessen, was einem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung ausgemittelt wird.

1. Was zunächst die Pflicht der Gesellschafter, einander den vertragsmäßigen Anteil am Gewinn zu gewähren, anlangt, so ist es in den Motiven II, S. 600 offen gelassen, ob für den Fall, daß die Vorschriften der §§ 320 ff. für anwendbar erklärt werden, die Beitragsleistungen der andern Gesellschafter oder nur die Gewinnanteile als Gegenleistung für die Beiträge der einzelnen angesehen werden wollen, und in den Protokollen ist gelegentlich an einer Stelle (II, S. 525) die Rede davon, daß dem Anspruch eines Gesellschafters auf den Gewinnanteil die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegengehalten werden könne, wenn er seinen Beitrag noch nicht geleistet habe.

Indessen ergibt es sich, daß es nicht angeht, den Gewinnanteil als Gegenleistung für den Beitrag anzusehen.

Es mag von einem ganz einfachen Fall ausgegangen werden: A und B haben eine Gesellschaft abgeschlossen zum Ankauf und zur Ausbeutung eines Steinbruchs. A leistet seine Einlage und damit wird die eine Hälfte des Steinbruchs für die Gesellschaft erworben. B bleibt mit seiner Einlage im Rückstand, so daß die andre Hälfte des Steinbruchs erst sehr viel später erworben werden kann. Wie gestaltet sich sein Anteilsrecht an der in der Zwischenzeit aus der einen Hälfte gewonnenen Ausbeute?

Da der Steinbruch im gemeinsamen Eigentum beider Gesellschafter gestanden hat, so wurden auch die Früchte gemeinsames Eigentum und nicht anders — normalerweise — das für die Steine vereinnahmte Geld. Es steht daher dem A sowohl wie dem B ein auf dem Eigentum am Steinbruch beruhendes, von der Leistung der Beiträge unabhängiges gemeinschaftliches Eigentumsrecht an dem eingenommenen Gelde zu. Aus diesem Eigentumsrecht entspringt das Forderungsrecht gegen den Mitgesellschafter, das Recht auf Teilung und Auszahlung der Quote. Es ist eine Realisierung des Gesamthändereigentums anders eben nicht möglich. Aber gerade weil das Forderungsrecht nur der Realisierung des Eigentums dient, ist auch dieses Forderungsrecht ein selbständiges, auf dem Gesamteigentum am Gewinn beruhendes Recht, es ist innerlich losgelöst und unabhängig von der Beitragsleistung.

Oder: Zwei Geschäftsleute schließen einen Gesellschaftsvertrag zum gemeinschaftlichen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts. Jeder soll 10 000 ℳ einwerfen, Gewinn und Verlust gleich geteilt werden. Der Gewinn soll monatlich verteilt, Verlust in gleichen Zeiträumen ersetzt werden. A bleibt im ersten Monat mit seiner Geschäftseinlage im Rückstand, das Geschäft wird daher von B, der seine Einlage gemacht hat, in beschränktem Umfang geführt. Nach dem ersten Monat verlangt A die Hälfte des erzielten Gewinns.

Auch hier ist der Gewinn die Frucht des gemeinschaftlichen, im Geschäftsbetrieb umgesetzten Gesellschaftsvermögens, wenn dieses auch zunächst nur aus der Einlage des B bestanden hat. Es ist demgemäß an diesem Gewinn A zur einen Hälfte berechtigt, gleichgültig, ob er seinen Beitrag geleistet hat oder nicht. Darum ist auch das sein Anteilsrecht realisierende Forderungsrecht auf Gewinnauszahlung hievon unberührt.

Dieselbe Beurteilung muß aber auch da Platz greifen, wo überhaupt von anfang an kein Gesellschaftsvermögen besteht, als dessen Erzeugnis der Gewinn bezeichnet werden könnte. Haben zwei Rechtsanwälte ein gemeinschaftliches Bureau eröffnet, und zieht der eine, da der andre einen Monat lang mit der Arbeit vertragswidrig aussetzt, weil er eine Vergnügungsreise macht, den Verdienst aus dieser Zeit für sich ein, so bleibt trotzdem dem Letzteren gegen den ersten der Anspruch auf Auszahlung der Hälfte der eingenommenen

Nettobeträge. Der Ertrag der Gesellschaft muß nicht notwendig aus Gesellschaftsvermögen resultieren, es besteht in analoger Weise ein Anrecht am Ertrag der gesellschaftlichen Tätigkeit, d. h. der seitens eines jeden Gesellschafters im Interesse der Gesellschaft aufgewendeten Arbeitskraft.

Gewinnanteil und Beitragsleistung in ein rechtliches Abhängigkeitsverhältnis von einander zu setzen in dem Sinn, daß die Verpflichtung zur Gewährung des ersteren wegfiele, wenn letzterer nicht entrichtet wurde, entspricht auch nicht dem tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnis zwischen beiden. Denn der Gewinn ist zwar insofern faktisch abhängig von der Beitragsleistung, als ohne Beitragsleistung kein Gewinn erzielt werden kann. Die Abhängigkeit ist aber nicht eine derartige, daß jede Beitragsleistung eine bestimmte Gewinnquote auslöste. Die Verhältnisse liegen nicht immer so, daß, wenn der Säumige von den beiden Gesellschaftern geleistet hätte, der Gewinn sich verdoppelt hätte; es kann sein, daß die später erkaufte Steinbruchhälfte weniger ergiebig ist, als die erstgekaufte; es kann sein, daß durch die Verspätung mit der Einlage des A die Gesellschaft verhindert wurde, ein verlustreiches Geschäft einzugehen; die Prozesse, die der eine Rechtsanwalt geführt hat, werden einen bedeutenderen Streitwert aufgewiesen haben, als die, die infolge der Vergnügungsreise des Kollegen nicht übernommen werden konnten. Möglicherweise hat so die Nichtleistung des Beitrags überhaupt keinen Einfluß auf das Ergebnis des gesellschaftlichen Unternehmens ausgeübt. Umgekehrt wird sehr oft die Rechtslage die sein, daß der Gewinn im Falle der Leistung seitens des Säumigen sich nicht bloß verdoppelt, sondern in stärkerem Verhältnis vermehrt hätte; denn mit Ausdehnung des Geschäfts verbilligen sich die Betriebsmittel. Es ergiebt sich also nicht einmal ein billiger Ausgleich unter den Gesellschaftern daraus, daß man die Verpflichtung zur Auszahlung des Gewinnanteils von der Beitragsleistung des Genossen abhängig macht. Das eine mal ginge eine solche Abhängigkeit über das Interesse dessen, der seine Beiträge geleistet hat, hinaus, das andre mal würde sie ihm doch nicht genügen. Es bestände keinerlei Garantie für verhältnismäßige Gleichwertigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung.

Gegen die synallagmatische Abhängigkeit zwischen Beitrag und Gewinnanteil spricht aber noch ein weiterer Gesichtspunkt: Gewinn

und Verlust sind Ergebnisse entweder der Gesellschaft überhaupt, oder doch einer abgeschlossenen Geschäftsperiode der Gesellschaft. Sie stehen fest, an ihnen kann nichts mehr geändert werden. Durch Nachleistung des Beitrags seitens des Säumigen könnte sich zwar das Gesellschaftsvermögen erhöhen, der Gewinn aber nicht vergrößert werden. Es hätte also jedenfalls keinen Sinn, dem Begehren des Säumigen auf Auszahlung seiner Gewinnquote mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu begegnen, darauf gestützt, daß der Beitrag noch nicht geleistet sei, und den Beklagten demgemäß zur Auszahlung der Gewinnquote Zug um Zug gegen die rückständige Leistung des klägerischen Beitrags zu verurteilen. Denn die Beitragsleistung für die Vergangenheit ist unmöglich geworden. Es kann zwar unter Umständen der als Beitrag bestimmte Gegenstand noch geleistet werden, aber nicht mehr in seiner Funktion als Leistung zur Förderung des Gesellschaftszwecks; denn es ist diese Förderung für die Vergangenheit nicht mehr möglich. Es könnte sich somit lediglich um Anwendung der Grundsätze über Leistungsunmöglichkeit handeln: darnach aber fiele das Recht des Säumigen auf die Gewinnquote dauernd weg, ohne daß festgestellt würde, inwieweit seine Säumnis den Gewinn überhaupt beeinflußt hat und obgleich er umgekehrt am Verlust beteiligt bliebe — ein durchaus unbilliges Resultat.

Alle diese Erwägungen weisen darauf hin, daß das Recht auf den Gewinnanteil ein selbständiges, von der Leistung der Beiträge unabhängiges Recht ist. Diese Ansicht findet sich auch bei Titze, Goldmann und Lilienthal (S. 738 Anm. 21), sowie Neukamp in der deutschen Juristenzeitung 1904 No. 5 vertreten und steht im Einklang mit dem Standpunkt der Praxis; vgl. R.G. 26, 257; S.A. Bd. 54 No. 221; namentlich aber R.G. 57,415.

Könnte dieses Ergebnis zunächst befremden, so wird es verständlicher auf Grund folgender Gesichtspunkte.

Einmal hat auch der nicht leistende Gesellschafter zu dem Gewinn beigetragen, insofern dadurch, daß er sich an dem gesellschaftlichen Unternehmen durch Uebernahme eigener Verpflichtungen, durch Mitübernahme des Risikos des gemeinschaftlichen Geschäfts beteiligt hat, die Gesellschaft und damit der Grund für die Gewinnerzielung erst zustande gekommen ist.

Weiterhin aber, und vor allem, ist durch die bisherigen Ausführungen in keiner Weise der Frage präjudiziert, inwiefern durch die Nichtleistung des Beitrags, bezw. die Säumnis in der Beitragsleistung Schaden für die Gesellschaft, zumal in Gestalt entgangenen Gewinns, entstanden ist, und inwieweit dieser Schaden auf den Gewinnanteil des betreffenden Gesellschafters verrechnet, bezw., wo der Gewinnanteil nicht in Geld besteht, im Weg des Zurückbehaltungsrechts gegen das Begehren des Anteils am Gewinn geltend gemacht werden kann. Diese Frage hat mit der oben verneinten Frage, ob Gewinnanteil und Beitragspflicht im Synallagma stehen, nichts gemein. Die gedachten Schadensersatzansprüche beruhen auf ganz allgemeinen Regeln, und die Zulässigkeit der Aufrechnung setzt, so wenig wie das Zurückbehaltungsrecht, ein synallagmatisches Verhältnis zwischen den beiderseitigen Verpflichtungen voraus. Vor allem unterscheidet sich die Geltendmachung von Gegenansprüchen im Weg der Aufrechnung oder des Zurückbehaltungsrechts von der Geltendmachung im Weg der für gegenseitige Verpflichtungen bestehende Rechtsnormen dadurch, daß die Ablehnung des Klaganspruchs nicht auf die Nichtleistung des Beitrags seitens des Klägers gegründet werden kann, vielmehr auf Schadensstiftung gestützt werden muß: d. h. es muß seitens des Beklagten behauptet und bewiesen werden, daß ihm durch pflichtwidriges Verhalten des Klägers Schaden entstanden ist, und wie hoch sich dieser beläuft.

Eine Ausdehnung des Zurückbehaltungsrechts nach der Richtung, daß es ohne weiteren Schadensnachweis schlechthin auf die Tatsache, daß Beiträge nicht geleistet sind, gegründet werden kann, ist allerdings da denkbar, wo zu der Zeit, da auf Gewinnauszahlung geklagt wird, seitens des Klägers Beiträge für eine bevorstehende Geschäftsperiode fällig sind. So wird man dem Rechtsanwalt zubilligen können, die Gewinnhälfte seines Kollegen solange zurückzubehalten, bis dieser wenigstens zu arbeiten anfängt. Man wird in Fällen, in denen ratenweise Beiträge pränumerando zu zahlen sind, die Retention des Gewinns aus der zurückliegenden Zeit solange zulassen müssen, bis die fälligen Raten für die nunmehr beginnende Periode gezahlt sind. Denn hier stehen sich fällige Leistungsverbindlichkeiten aus demselben Rechtsverhältnis gegenüber und es ist daher § 273 B.G.B. anwendbar. Allein diese Fälle

sind nicht die zunächst hier in Frage stehenden; vielmehr handelt es sich in erster Linie darum, ob für eine abgeschlossene Geschäftsperiode die Gewinnquote eines Gesellschafters deshalb einbehalten werden darf, weil er seine während dieser Periode fällig gewordenen Beiträge nicht geleistet hat, und diese Frage ist zu verneinen.

Endlich ist es auch nicht ausgeschlossen, daß in den Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung des Inhalts aufgenommen werde, daß dann, wenn während einer Geschäftsperiode die Beiträge nicht gezahlt werden, auch das Anrecht auf die Gewinnquote aus dieser Zeit für den betreffenden Gesellschafter verloren sein solle. Vielleicht könnte eine solche Bestimmung, auch wo sie nicht ausdrücklich enthalten ist, doch im Weg der bonae fidei interpretatio des Vertrags gefunden werden. Immerhin erscheint dies im Hinblick auf die unbilligen Konsequenzen, die sich, wie aufgezeigt, daraus ergeben können, auf die Schwierigkeit, eine Grenze für die Auslegung zu finden, und auf den Umstand, daß der auf Gewinnauszahlung Beklagte auch ohne diese Auslegung nicht schutzlos ist, nicht ohne Bedenken.

2. Unabhängig von der Beitragsleistung der Mitgesellschafter, wie jeder Gesellschafter verpflichtet ist, diesen ihre Gewinnanteile zu gewähren, wenn auch vorbehaltlich seiner besonders zu liquidierenden Gegenansprüche, so ist er auch verbunden, am Verlust der Gesellschaft mitzutragen; es kann sich der eine nicht deshalb weigern, den seinem Geschäftsanteil entsprechenden Teil am Verlust auf sich zu nehmen, weil der andre seine Beiträge nicht geleistet habe.

Es wäre ja denkbar, daß in dem Beispiel von den beiden Geschäftsleuten, wenn der erste Monat einen Verlust von 1000 ℳ ergeben hätte, derjenige, der seine Einlage vertragsmäßig gemacht hatte, sagen wollte: Anteilgewährung am Gewinn und Anteilnahme am Verlust ist Gegenleistung gegen die Beitragsleistung. Da du, A, keinen Beitrag geleistet hast, gelangst du auch nicht in den Genuß der Gegenleistung, d. h., so wenig wie ich dir im Fall des Gewinns deine Quote hieran ausfolgen würde, so wenig nehme ich am Verlust teil; du hast ihn allein zu tragen, mithin 1000 ℳ zur Kapitalergänzung ins Gesellschaftsvermögen einzuwerfen.

Dieser Gedankengang ist aber gleichwie bezüglich des Gewinnanteils, so auch hinsichtlich der Verlustbeteiligung unrichtig, wie

sich schon an der Unbilligkeit des Resultats zeigt. Die Folge davon, daß A keinen Beitrag leistete, wäre für B, daß er nunmehr von jedem geschäftlichen Risiko befreit wäre, während der Gewinn des Geschäfts ihm allein zu gut käme.

Dies entspricht weder dem mutmaßlichen Parteiwillen, noch kann es im Sinn des Gesetzes liegen. Vielmehr ist es eine Folgerung aus dem gesellschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis, daß, ganz abgesehen von der Beitragsleistung, Verlust anteilig getragen werden muß. Nebenher allerdings kann der vertragstreue Gesellschafter vom Säumigen Ersatz des durch seine Säumnis entstandenen Schadens nach allgemeinen Grundsätzen verlangen; er ist befugt, ihm einen entsprechenden Posten in Rechnung zu stellen, wenn infolge des Unterbleibens der Beitragsleistung der Verlust vergrößert worden ist. So kann es dann allerdings unter Umständen dahin kommen, daß der Säumige den Verlust allein tragen muß: aber nicht schlechthin auf Grund der Tatsache, daß er nicht geleistet hat, sondern erst auf Grund des vom andern zu führenden Beweises, daß im Fall vertragsmäßiger Leistung jeglicher Verlust vermieden worden wäre.

3. Entsprechendes gilt auch für den Auseinandersetzungsanspruch. Von dem zur Zeit der Auseinandersetzung vorhandenen schuldenfreien Gesellschaftsvermögen werden zunächst die Einlagen an diejenigen Gesellschafter, die sie gemacht haben, zurückerstattet. Der Rest des Gesellschaftsvermögens gebührt allen Gesellschaftern zu den im Vertrag festgesetzten, mangels solcher Festsetzung zu gleichen Teilen. Daher kann einem Gesellschafter sein Anteil nicht deshalb verweigert werden, weil er seinen Beitrag nicht geleistet habe. Die übrigen Gesellschafter haben vielmehr erst den Schaden zu liquidieren, der der Gesellschaft durch die Säumnis entstanden ist. Dieser Schaden ist als Aktivum einzustellen, und dem Säumigen gebührt der ihm aus dem rechnungsmäßigen Gesellschaftsvermögen unter Berücksichtigung seiner vertragsmäßigen Quote ausgemittelte, im Zweifel ein gleicher, Anteil, abzüglich der Schadensersatzforderung. Ist die Summe der den Mitgesellschaftern am rechnungsmäßigen Gesellschaftsvermögen zukommenden Anteile größer als das Effektivvermögen, so muß er den einzelnen Gesellschaftern den Fehlbetrag im Verhältnis ihrer Anteile ersetzen. Gelingt aber der Nachweis eines Schadens nicht,

so hat der Säumige Anspruch auf eine volle Quote, trotzdem er nichts geleistet hat. Dieses Resultat ist nicht unbillig. Denn die Anteilsrechte bestimmen sich nach den vertragsmäßigen Verpflichtungen, nicht nach den tatsächlichen Leistungen. Die Mitgesellschafter haben zwar einen Anspruch darauf, daß ihre nach dem Vertrag zu erwartenden Anteile nicht dadurch verringert werden, daß ein Gesellschafter seine Leistung nicht bewirkt; sie haben aber keinen Anspruch darauf, daß ihnen aus diesem Mangel Vorteile entstehen, die sie bei vertragsmäßiger Leistung nicht erreicht hätten.

4. Schwieriger ist die Frage, ob auch die einem Gesellschafter übertragene Geschäftsführungspflicht den Vorschriften über gegenseitige Verträge zu unterstellen ist.

In Literatur und Praxis wird dies verneint, indem von der Selbständigkeit der Geschäftsführungspflicht gegenüber den gesellschaftlichen Verpflichtungen der Mitgesellschafter ausgegangen wird. Für die Praxis vgl. Seuff. Archiv Bd. 1 No. 212; 25 No. 105, 237; 29 No. 235; 36 No. 34; 38 No. 26; 54 No. 221; R.G. 18, 280; 26, 253 ff. Zwar handelt es sich in den hier entschiedenen Fällen stets nur um die spezielle Verpflichtung zur Rechnungslegung, es ist aber vielfach, so namentlich in S.A. Bd. 36, 34, Bd. 54, 221, sowie in R.G. 18, 280 bei der Entscheidung davon ausgegangen, daß allgemeinhin die Geschäftsführungspflicht eines Gesellschafters, deren Ausfluß die Verpflichtung zur Rechnungslegung sei, nicht im Verhältnis der Gegenseitigkeit zu den Verpflichtungen der Mitgesellschafter stehe.

Für diese Ansicht sprechen mancherlei Gesichtspunkte. So ist es unbestritten, daß die Geschäftsführung Dritten übertragen werden kann. Die gesetzlichen Bestimmungen über die gesellschaftliche Geschäftsführung besagen, daß sie den Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehe (§ 709); diese Vorschrift ist aber eine dispositive, wie ja das Gesetz selbst in §§ 710, 711 anderweitige Regelung durch Gesellschaftsvertrag vorsieht, indem es Auslegungsregeln für gewisse abändernde Bestimmungen des Vertrags aufstellt. Es kann denn auch im Vertrag bestimmt sein, daß die Führung der Geschäfte der Gesellschaft einem Dritten, Nichtgesellschafter, übertragen sein solle; vgl. Planck S. 460. Mag sich nun in solchen Fällen das Verhältnis der Gesellschafter zu dem Dritten nach den Grundsätzen des

Dienstvertrags, des Werkvertrags oder des Auftrags beurteilen: jedenfalls steht fest, daß die Geschäftsführungspflicht des Dritten, obwohl sie in letzter Linie auch auf dem Gesellschaftsvertrag beruht, nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, weder zur etwaigen Geschäftsführungspflicht eines andern, noch zu den Beitragspflichten der Gesellschafter steht. Es läge nahe, dieselbe Beurteilung eintreten zu lassen, wenn die Geschäftsführung an Stelle des Dritten einem Gesellschafter zusteht.

Weiterhin scheinen auch die gesetzlichen Bestimmungen selbst darauf hinzuweisen, daß durch die Übertragung und Übernahme der Geschäftsführungspflicht ein, wenn auch auf dem Gesellschaftsvertrag beruhendes, so doch neben den gesellschaftlichen Rechtsbeziehungen hergehendes, aus dem engen Abhängigkeitsverhältnis der sonstigen gesellschaftlichen Verpflichtungen herausgehobenes, selbständiges Rechtsverhältnis unter den Parteien begründet wird.

In dieser Hinsicht ist anzuführen, daß für das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und den Mitgesellschaftern nicht schlechthin der Gesellschaftsvertrag für maßgebend erachtet, vielmehr, soweit dieser nicht selbst die Geschäftsführung besonders regelt, auf Mandatsgrundsätze verwiesen ist.

Auch könnte als erheblich erscheinen, daß die Ansprüche aus der Geschäftsführung für übertragbar erklärt werden, wenn auch mit der Einschränkung, soweit ihre Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt, d. h., da eine Nachschußpflicht nicht besteht (§ 707), aus dem Gesellschaftsvermögen bewirkt werden kann (§ 717).

Weiter könnte von Bedeutung sein, daß Änderungen in der Regelung der Geschäftsführung nicht einen neuen Gesellschaftsvertrag erheischen, sondern durch einstimmigen Beschluß, unter Umständen sogar Majoritätsbeschluß der übrigen Gesellschafter verfügt werden können; denn durch diese Bestimmung wird der geschäftsführende Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer vom Gesetz einem Dritten, Nichtgesellschafter gleichgestellt.

Endlich ist auch noch erwähnenswert, daß das Gesetz eine Geschäftsführungstätigkeit auch noch nach Auflösung der Gesellschaft vorsieht (§ 730), also zu einer Zeit, da eine Beitragspflicht überhaupt nicht mehr besteht und begrifflich nicht mehr bestehen kann. Es kann daher in diesem Stadium auch von einer Abhängigkeit zwischen Geschäftsführungs- und Beitragspflicht nicht die Rede sein.

Schließlich aber widerspricht eine synallagmatische Abhängigkeit der Geschäftsführungspflicht gegenüber den Beitragspflichten der Mitgesellschafter vielfach auch dem mutmaßlichen Willen der Parteien. Denn die Notwendigkeit einer gesellschaftlichen Verwaltungstätigkeit ist häufig unabhängig von der Erreichbarkeit des Gesellschaftszwecks gegeben, sobald nach Lage des Gesellschaftsverhältnisses, insbesondere wenn Gesellschaftsvermögen entstanden ist, ohne eine solche Verwaltungstätigkeit Schaden für die Gesellschafter zu gewärtigen wäre.

Trotzdem muß es Bedenken erregen, allgemeinhin den Satz aufzustellen, auf die Geschäftsführungspflicht seien die Grundsätze des gegenseitigen Vertrags nicht anwendbar, und diese Verpflichtung damit in einen prinzipiellen Gegensatz zu den Beitragspflichten der Mitgesellschafter zu stellen. Denn es ist nicht möglich, Geschäftsführung und Beitragsleistung grundsätzlich von einander zu unterscheiden. Nach § 706 Abs. 3 kann der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen, und gerade diese Dienstleistung wird vielfach eine Geschäftsführungstätigkeit darstellen; es übernimmt ein Gesellschafter beispielsweise die Buchführung der Gesellschaft, er verpflichtet sich auf Reisen zu gehen, einem maschinellen Betrieb als Leiter vorzustehen. Vielfach wird sich in solchen Dienstleistungen die ganze Leistung eines Gesellschafters für das gemeinschaftliche Unternehmen erschöpfen. In solchen Fällen läßt sich keine Grenze finden, wo die in Dienstverrichtung bestehende Beitragsleistung aufhören und die Geschäftsführungstätigkeit anfangen soll. Auch Literatur und Rechtsprechung geben keinen Anhaltspunkt für eine Scheidung. Es ist kein allgemeingiltiger Grundsatz für die Feststellung gegeben, ob im Einzelnen auf die Tätigkeit eines Gesellschafters die für die Geschäftsführungspflicht oder die für die Beitragspflichten geltenden Rechtssätze anzuwenden sind.

Es dürfte daher richtiger sein, von einer prinzipiellen Scheidung zwischen Beitrags- und Geschäftsführungspflicht in Beziehung auf deren rechtliche Behandlung abzusehen, vielmehr beide zunächst gleich zu behandeln und es der Beurteilung des Einzelfalls zu überlassen, ob die Tätigkeit eines Gesellschafters besonderen Grundsätzen zu unterstellen ist.

Hiebei kann der herrschenden Meinung jedenfalls insoweit beigepflichtet werden, als die Verpflichtung zur Rechnungslegung über

vorgenommene Geschäfte nicht von der Beitragsleistung des andern abhängig gemacht werden kann: schon deshalb nicht, weil die Rechnungslegung zur Ausmittlung des Gewinns notwendig ist; ist aber die Gewinnforderung unabhängig von der Beitragsleistung, so muß dies in gleichem Maße für die Forderung auf Rechnungslegung gelten. Ist indessen der andre ebenfalls zur Rechnungslegung verpflichtet, so wird das Retentionsrecht des § 273 eingreifen müssen.

Zu demselben Ergebnis wird man in allen Fällen gelangen, in denen eine gewisse Tätigkeit für die Gesellschaft, z. B. die Verwahrung eingezahlter Gelder, notwendig ist, unabhängig davon, ob im übrigen soviele Beiträge geleistet sind, daß damit der Gesellschaftszweck erreicht werden kann. Die Verhältnisse können auch, und werden sogar meist so liegen, daß die Haupttätigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters die Beitragsleistung aller Mitgesellschafter zur Voraussetzung hat, daß aber ein gewisses Handeln im Interesse der Gesellschaft schon notwendig wird, wenn nur einer oder ein Teil der Gesellschafter seine Beiträge geleistet hat. So, wenn ein gemeinschaftliches Geschäft mit einem Kapital von 20 000 ℳ betrieben werden soll, und A und B je 10 000 ℳ einwerfen, C die Geschäftsleitung, den Vertrieb der Waren, die Buchführung, die Materialverwaltung, übernehmen soll. Ergiebt sich nicht als Vertragswille, daß das Geschäft begonnen werden soll, auch wenn die vollen Kapitaleinlagen noch nicht bewirkt sind, so ist C erst von dem Zeitpunkt an verpflichtet, seine Haupttätigkeit zu entwickeln, in dem die 20 000 ℳ voll eingezahlt sind. Immerhin aber muß er auch schon dann, wenn nur A seine Einlage, oder selbst nur einen Teil derselben geleistet hat, insoweit für die Gesellschaft tätig werden, als es die Fürsorge für die bisher vollzogenen Leistungen erfordert; er muß für die gesicherte Verwahrung der bezahlten Beträge sorgen, unter Umständen deren Anlegung bewirken, muß die noch rückständigen Beiträge einziehen u. ä. Insoweit also treten die Vorschriften über gegenseitige Verträge zurück.

Umgekehrt werden die Mitgesellschafter des zum Geschäftsführer bestimmten Genossen unter Umständen ein Interesse daran haben, die Vorschriften über gegenseitige Verträge angewendet zu sehen. So entspricht es zweifellos der Billigkeit, daß sie ihre Leistungen

dann inhibieren dürfen, wenn der Geschäftsführer sich weigert, seiner Pflicht zur Obhut über einbezahltes Geld nachzukommen, ohne daß sie gleich zur Kündigung der Gesellschaft schreiten müssen. Es mag ihrem Interesse mehr entsprechen, eine anderweitige Regelung der Geschäftsführung, zu der sie nach § 712 befugt sind, eintreten zu lassen. Bis dahin aber sollte ihnen eine Einrede gewährt sein.

5. Was endlich das durch § 716 gewährleistete Recht der Gesellschafter zur Kenntnisnahme von den Angelegenheiten der Gesellschaft anlangt, so ist es außer Zweifel, daß es nicht davon abhängig ist, daß der betreffende Gesellschafter seine Beiträge geleistet hat. Eine derartige Einschränkung würde der Billigkeit nicht entsprechen.

C. Die Anwendung der Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag im Einzelnen.

a) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

§ 4.

I. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, auf den Gesellschaftsvertrag angewendet, bedeutet, wenn man zunächst einmal von zwei Gesellschaftern ausgeht, daß der eine Gesellschafter, der vom andern auf Leistung seines Beitrags verklagt wird, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unter dem Einwand verweigern kann, daß auch der andre seiner entsprechenden Verbindlichkeit aus dem Gesellschaftsvertrag noch nicht nachgekommen sei: mit der Folge, daß er zur Beitragsleistung Zug um Zug gegen die Beitragsleistung des Gegners verurteilt wird.

Für die Anwendbarkeit der Einrede in diesem Sinn erklären sich Neumann S. 329 zu § 705; Engelmann S. 387; Goldmann und Lilienthal S. 738; Planck S. 454; Örtmann S. 443; Crome S. 772; Knoke S. 44; Enneccerus S. 654; Kuhlenbeck S. 488, Anm. 4; Matthias S. 553; Cosack S. 436; Eschelbacher S. 26; auch Windscheid-Kipp II, S. 732.

1. Hiegegen wird eingewendet, dies sei deshalb unzulässig, weil die Forderung auf Beitragsleistung nicht den einzelnen Gesellschaftern,

sondern der Gesamtheit der Gesellschafter, der Gesellschaft, zustehe, somit Bestandteil des Gesellschaftsvermögens sei. Daher könne es nicht sein, daß der Einzelne seine Einrede auf die Nichterfüllung dieser ihm gar nicht zukommenden Forderung stütze; Dernburg S. 613; Schefold S. 74.

Allein einmal dürfte es kaum richtig sein, die Beitragsforderung zum Gesellschaftsvermögen zu rechnen. Allerdings ist diese Ansicht außer bei den beiden angeführten Schriftstellern auch von Endemann S. 1135; Enneccerus S. 662; Schollmeyer S. 143; Örtmann S. 443; Müller S. 409; Cosack S. 435 und Staub S. 373, 383 vertreten. Bei den letzteren beiden findet sich jedoch die Einschränkung, daß neben der Gesamtheit in ihrer gesamthänderischen Verbindung auch die Einzelgesellschafter Subjekte der fraglichen Ansprüche seien. Auch das R.G. teilt diesen Standpunkt wenigstens insoweit, daß die Beitragsforderung Bestandteil des Gesellschaftsvermögens sein *könne*, E. 54, 297, wobei es dann der Untersuchung im Einzelfall überlassen bleibt, zu entscheiden, ob sie nach der Absicht der Parteien jeweils den einzelnen zustehen solle, oder durch stillschweigende oder ausdrückliche Anordnung des Gesellschaftsvertrags zum Gesellschaftsvermögen geschlagen worden sei.

Diesen Ansichten steht jedoch § 718 entgegen; denn hier sind zwar die geleisteten Beiträge, nicht aber die Beitragsforderungen als zum Gesellschaftsvermögen gehörig aufgezählt, was den Schluß rechtfertigt, daß die letzteren nach der Absicht des Gesetzgebers nicht Bestandteile des Gesellschaftvermögens sein und somit nicht der Gesamtheit der Gesellschafter zustehen sollten; dann aber können sie nur den *einzelnen* Gesellschaftern zustehen. Zwar bestreiten Dernburg S. 622 und das R.G. 54, 297, das die Aufzählung des Gesellschaftsvermögens in § 718 eine erschöpfende sei, und Enneccerus S. 662 ist der Ansicht, Beiträge i. S. des § 718 seien auch die Beitragspflichten der Gesellschafter. Gegen die Zulässigkeit einer vertragsmäßigen Ausdehnung des Gesellschaftsvermögens spricht aber der Gesichtspunkt, daß eine so einschneidende Reglung, wie die der gesamten Hand, jedenfalls nach der Richtung als zwingend angesehen werden muß, daß eine vertragsmäßige Erweiterung ausgeschlossen ist, vergl. Goldmann und Lilienthal S. 757, 96, 97; Planck zu § 718; Knoke S. 23 (77).

Das Verhältnis ist richtiger Ansicht nach wohl das des § 432. Jeder Gesellschafter hat ein Forderungsrecht auf die volle Beitragsleistung jedes Genossen, aber so, daß er die Leistung nicht an sich — und deshalb kann es sich auch nicht, wie Knoke will, um ein Gesamtgläubigerverhältnis handeln — sondern nur an die Gesamtheit der Gesellschafter verlangen kann. Auch Cosack S. 436; Örtmann S. 444; Crome S. 775; Goldmann und Lilienthal S. 731, Anm. 15; S. 739, Anm. 24, verweisen auf § 432. Hiegegen kann nicht eingewendet werden, daß nicht alle Leistungen der Genossen an die Gesellschaftergesamtheit unteilbar seien, beispielsweise die Beiträge auch in Raten gezahlt werden könnten (Knoke und Eschelbacher S. 22). Denn maßgebend ist, daß nach dem Gesellschaftsvertrag und dem Zweck der Leistung diese nicht unter die mehreren Gläubiger geteilt werden kann. In diesem Sinn sieht auch Scherer S. 998 in der gesamten Hand einen Fall der gesetzlichen Unteilbarkeit i. S. des § 432.

Daher ist es auch nicht richtig, wenn Dernburg aus der Ansicht, daß die Beitragsforderung den einzelnen Gesellschaftern zusteht, folgert, daß dann die Ansprüche auf Beitragsleistung nach § 420 unter die mehreren Mitgesellschafter geteilt wären. Unrichtig ist auch sein weiterer Schluß, daß hiernach die Gesellschafter über ihre Anteile an der Forderung selbständig verfügen dürften, sowie daß ihre Gläubiger sie für ihre Privatforderungen pfänden könnten. Dies ist durch § 717 in Verbindung mit § 1274 Abs. 2 B.G.B., § 851 Abs. 1 C.P.O. ausgeschlossen, ganz abgesehen davon, daß die Beitragsforderung gar keinen Uebertragungs- oder Pfändungswert hat, da sie ja auf Leistung an die Gesamtheit der Gesellschafter geht.

Auch der weitere, von Dernburg im Einklang mit Enneccerus gegen die vertretene Ansicht erhobene Einwand, daß nämlich die Gläubiger bezüglich rückständiger Beiträge kein Vorzugsrecht vor den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter hätten, ist nicht wesentlich von Bedeutung; denn für das mangelnde Vorzugsrecht sind die Gesellschaftsgläubiger durch die Gesamthaftung der sämtlichen Gesellschafter und dadurch, daß im Konkurs eines säumigen Gesellschafters die Konkursquote auf Klage jedes andern Gesellschafters, zu der ihn schon das Interesse an der Verminderung seiner eigenen

Haftung veranlassen wird, in das Gesellschaftsvermögen gebracht werden kann, vollauf entschädigt. Mehr als diese Quote wäre auch dann, wenn die Beitragsforderung Bestandteil des Gesellschaftsvermögens wäre, für dieses nicht zu erhalten.

Vor allem aber ist der ganze, auf die Zuständigkeit der Beitragsforderung gestützte Einwand gar nicht schlüssig. Denn selbst zugegeben, daß die Beitragsforderung Bestandteil des Gesellschaftsvermögens ist, so ist damit die Einrede noch nicht ausgeschlossen. Sie wäre nur dann ausgeschlossen, wenn sie aus dem Rechte eines dritten erhoben würde. Dies ist aber nicht der Fall, wenn ein einzelner Gesellschafter im Weg der Einrede ein der Gesamtheit der Gesellschafter zustehendes Recht geltend macht. Denn dieses Recht ist auch sein eigenes, wenn auch nicht sein alleiniges Recht; es ist sein eigenes Recht insofern, als er an der Gesamtheit beteiligt ist, die ja nicht eine selbständige, von seiner eigenen Person getrennte — juristische — Person ist, sondern nur eine rechtsgeschäftliche Verbindung mehrerer natürlicher Personen, zu denen er selbst gehört. Darum ist auch die Leistung, deren Gläubigerin die Gesamtheit ist, die Gegenleistung für seine eigene Beitragsleistung. Es hält denn auch eine Reihe von Schriftstellern die Einrede für zulässig, trotzdem sie die Beitragsforderung für Bestandteil des Gesellschaftsvermögens erklären; so Enneccerus, Örtmann, Cosack und auch das Reichsgericht.

2. Eine weitere Gegnerschaft stützt sich darauf, daß für die Einrede beim Gesellschaftsvertrag kein Bedürfnis vorhanden sei, da den Beklagten Widerklage- und Kündigungsrecht hinreichend schützten; (Schefold S. 75); zuweilen wird auch auf das Kompensationsrecht verwiesen. Nun ist jedoch die Kompensationseinrede von sehr beschränkter Bedeutung, da sie begrifflich nur bei gleichartigen Leistungen denkbar ist. Die Widerklage aber kann, wie Zimmermann S. 259, zutreffend ausführt, schon deshalb nicht als Ersatz für die Einrede bezeichnet werden, weil sie auch bei andern gegenseitigen Verträgen, wie beim Kauf, dem Beklagten neben der Einrede zukommt. Außerdem ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ein gelinderes, einfacheres und billigeres Mittel, sich die Gegenleistung zu sichern, als die Widerklage, und oft wird dem Beklagten zunächst mehr an der Verweigerung der eigenen Leistung als an der Erzwingung

der Gegenleistung und der Erlangung eines vollstreckbaren Titels auf diese gelegen sein, zumal wenn der Kläger nicht solvent ist. Gerade der Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungen von einander aber wird die Widerklage nicht gerecht; sie verhindert nicht, daß die eine erzwungen werden kann, ohne daß die andre, die Gegenleistung, angeboten wird.

Auch das Kündigungsrecht ersetzt die Einrede nicht. Sintenis S. 720 sagt, die einseitige Aufkündigung sei als gestattet angesehen worden, weil die Gemeinschaft leicht zu Streitigkeiten führen könne. Damit scheint der wahre Grund für die Einführung des Kündigungsrechts angegeben zu sein. Die nahe Verbindung, das familienartige Verhältnis unter den Gesellschaftern einerseits, das Naheliegen von Streitigkeiten bei derartigen Verhältnissen andrerseits erheischen ein gesetzliches Mittel, äußerstenfalls die Gesellschaft zum Erlöschen zu bringen, da es einem Gesellschafter nicht zugemutet werden kann, ein so enges Verhältnis im Fall ernstlicher Störung weiter zu führen. Das Kündigungsrecht ist aber als ein ultimum refugium gedacht, für den Fall, daß eine Fortsetzung der Gesellschaft zu Unzuträglichkeiten führen müßte, nicht als das regelmäßige Mittel, jedwedem unbilligen Verlangen eines Gesellschafters zu begegnen. Denn es liegt zwar im Interesse eines ungerechtfertigt belangten Gesellschafters, ein Mittel in der Hand zu haben, um den Kläger abzuweisen. Aber es würde wohl in den allermeisten Fällen seinen Interessen sehr widersprechen, müßte er zu diesem Zweck zu einer Auflösung der Gesellschaft schreiten. Vielfach ist die Einrede vielleicht sogar nur als Mittel gedacht, den Gegner zur Bewirkung seiner eigenen Leistung zu veranlassen.

Weiter aber hat die Kündigung gegenüber der Einrede den Nachteil, daß sie nur für die Zukunft wirkt, also nicht verhindert, daß der Beklagte, der seine Leistung mit der Einrede zurückhalten könnte, zur Leistung verurteilt wird, trotzdem er nach Klagerhebung gekündigt hat. Soll dem entgegen getreten werden, so bleibt die Einrede trotz der Kündigung noch notwendig. Daher will Endemann, der Gegner der Einrede ist, dem Beklagten gemäß § 723 Abs. 1 S. 2 ein Recht zur Verweigerung der Erfüllung gewähren, sofern ein wichtiger Grund besteht, der das Zustandekommen der Gesellschaft ausschließt. Allein es erscheint bedenklich, aus einem für die Zu-

kunft wirkenden Kündigungsrecht rückwirkend eine Einrede zu gewähren; denn die Kündigung äußert auf den zurückliegenden Anspruch des Klägers, der durch die Einrede entkräftet werden soll, keinen Einfluß.

II. Auch unter den Anhängern der Ansicht, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrags auf den Gesellschaftsvertrag anwendbar sei, herrscht Streit über die Frage, ob bei Gesellschaften mit mehr als zwei Genossen die Einrede dem Kläger nur dann entgegengehalten werden könne, wenn er selbst im Rückstand ist, oder auch dann, wenn ein dritter Gesellschafter noch nicht geleistet hat. Ersteren Standpunkt vertreten Planck, S. 455; Örtmann S. 443; Crome S. 772; Eschelbacher S. 27; Knoke S. 43 f.; den letzteren Cosack S. 436; Goldmann und Lilienthal S. 739; eine dritte Meinung äußert Kipp zu Windscheid S. 732, dahingehend, die Einrede habe zur Voraussetzung, daß noch niemand geleistet habe. Die übrigen Schriftsteller äußern sich zu der Frage nicht.

Nun ist aber als Gegenleistung für die eigene Beitragsleistung nach den oben in § 2 gegebenen Ausführungen nicht die Beitragsleistung der einzelnen Mitgesellschafter anzusehen, sondern die Gesamtleistung der Genossen, soweit sie zur unverminderten Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich ist. In den meisten Fällen werden hiezu die Beiträge aller Genossen erforderlich sein. Wenn A, B und C einen Gesellschaftsvertrag schließen und sich verpflichten, jeder 1000 ℳ beizutragen, so will jeder seine 1000 ℳ nicht dafür zahlen, daß einer von den übrigen gleichfalls 1000 ℳ zahlt, sondern nur dafür, daß die beiden andern Gesellschafter zusammen 2000 ℳ beitragen. Das ist ja, wie dargelegt, der Grundgedanke beim Gesellschaftsvertrag, daß das, was mit eigenen Kräften nicht, oder nicht so leicht erreichbar erscheint, mit vereinten Leistungen erreicht werden soll; und um diese vereinten Leistungen seiner Mitgesellschafter sich zu sichern, verpflichtet sich jeder zur eigenen Leistung. Es ist ihm daher nicht Genüge geschehen, wenn einer oder ein Teil der Mitgesellschafter leistet, sondern erst die vereinten Leistungen aller übrigen Gesellschafter bilden vom Standpunkt jedes einzelnen aus das Äquivalent für seine Leistung; alle übrigen figurieren in Ansehung dieser Gesamtgegenleistung als eine Partei.

Geht man aber von dieser Auffassung aus, so muß man notwendig die Einrede des nicht erfüllten Vertrags sowohl dann

zulassen, wenn der Kläger selbst mit seiner Leistung im Rückstand ist, als auch dann, wenn ein andrer Mitgesellschafter noch nicht geleistet hat. Denn solange nicht alle Genossen des Beklagten geleistet haben, ist die Gegenleistung noch nicht bewirkt.

Dies folgt unmittelbar aus § 320 Abs. 1, S. 1, der nicht unterscheidet, ob die Gegenleistung von einem oder von mehreren zu bewirken ist. Mit Unrecht wird dieses Resultat von Eschelbacher als das Ergebnis eines Fehlschlusses aus S. 2 des § 320 bezeichnet. Denn darüber besteht kein Zweifel, daß letztere Vorschrift Fälle im Auge hat, wo mehrere in Beziehung auf eine Leistung teilberechtigt sind. Beim Gesellschaftsvertrag liegt der Fall ja aber so, daß jeder von jedem andern die volle Leistung verlangen kann, nur nicht an sich selbst, sondern an die Gesamtheit. Daher kann § 320 Abs. 1 S. 2 auf die Gesellschaft naturgemäß überhaupt keine Anwendung finden.

Wohl aber könnte aus § 320 Abs. 1 S. 2 ein Schluß a maiori ad minus gezogen werden: Denn wenn sogar einem von mehreren Gläubigern, der eine selbständige Teilforderung auf Leistung an seine eigene Person hat, deren Erfüllung bis zur Bewirkung der Gesamtgegenleistung verweigert werden kann, um wie viel mehr muß dann diese Verweigerung zulässig sein gegenüber der Forderung der ganzen Leistung, in der die ideellen Teile des Säumigen mitgefordert werden.

Und weiterhin ist § 320 Abs. 1 S. 2 geeignet, eine Einwendung Knoke's zu entkräften, der gegen die vertretene Ansicht die Schwierigkeiten in's Feld führt, die sich bei der Zwangsvollstreckung ergeben können, wenn der Beklagte nach § 322 zur Leistung Zug um Zug gegen die Leistung eines Dritten verurteilt ist: insofern nämlich diese Schwierigkeiten im Fall des § 320 Abs. 1 S. 2 genau ebenso vorliegen. Goldmann und Lilienthal, die darauf hinweisen, empfehlen daher, in geeigneten Fällen im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren, daß gegen den Anspruch auf die Beitragsleistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht erhoben werden dürfe.

Auch die Befürchtung, die Knoke S. 44 und nach ihm Eschelbacher S. 27 hegt, es könnte sich das Verhältnis unter den Gesellschaftern mißlich gestalten, wenn ein leistungsbereiter Genosse die Säumigen verklagen, von diesen aber jeder mit Rücksicht darauf,

daß auch die andern noch nicht geleistet haben, die Einrede vorschützen würde, da damit ein Erzwingen der Beitragsleistung überhaupt unmöglich wäre, ist praktisch kaum zutreffend. Denn, handelt der beklagte Mitgesellschafter dolos, so wird der Kläger gerne durch die solchenfalls ihm freistehende Kündigung dem Gesellschaftsverhältnis ein Ende machen. Handelt der Beklagte aber nicht dolos, so wird er sich bereit finden lassen, durch Anbieten seiner eigenen Leistung im Verein mit der des Klägers eine erfolgreiche Klage gegen den Dritten zu ermöglichen. Man könnte vielleicht sogar daran denken, wo mehr als zwei Gesellschafter vorhanden sind, den Gesellschaftern gegen einander nach Treu und Glauben ein Klagerecht auf Anbieten, d. h. für die Gesellschaft auf tatsächliches Bereitstellen, unter Umständen auf Hinterlegung ihrer Leistung zu gewähren, dem naturgemäß die Einrede nicht entgegenstünde. Käme dann B, auf Klage des A zur Hinterlegung seiner Beitragsleistung verurteilt, dem Urteil nach, so wäre damit die Leistungsklage gegen C ermöglicht.

Dies erscheint jedenfalls immer noch naheliegender, als was Crome vorschlägt: Der Beklagte müsse zwar leisten, seinem Interesse an der Leistung aller Mitgesellschafter müsse man aber dadurch gerecht werden, daß man ihm das Recht zuspreche, vom Kläger zu fordern, daß er zugleich mit ihm auch den säumigen dritten Gesellschafter belange. Für ein solches Recht des Beklagten dürfte nicht leicht ein Anhalt zu finden sein, ganz abgesehen davon, daß dem Beklagten damit erst noch kein Mittel an die Hand gegeben wäre, sich vor Bewirkung der eigenen Leistung die Gesamtgegenleistung zu sichern.

III. Die bisher dargelegten Grundsätze von der Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags auf den Gesellschaftsvertrag werden jedoch im einzelnen Fall mancherlei Modifikationen unterliegen müssen. Vor allem ist es natürlich zulässig, daß durch ausdrückliche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag die Geltendmachung der Einrede ausgeschlossen oder beschränkt wird. Aber auch wo solche ausdrücklichen vertraglichen Bestimmungen fehlen, wird doch die Auslegung des Vertrags nach Treu und Glauben eingreifen müssen, um dem Mißbrauch der Einrede entgegenzutreten. Vor allem werden nachstehende Gesichtspunkte maßgebend sein:

a) In erster Linie kann die Einrede da nicht Platz greifen, wo der Beitrag, auf dessen Nichtleistung sie gestützt wird, nicht im

Verhältnis der Gegenseitigkeit zu dem eingeklagten Beitrag steht, d. h., wo die rückständige Beitragsleistung so geringfügig ist, daß ihre Leistung oder Nichtleistung den Gesellschaftszweck überhaupt nicht beeinflussen kann. So in dem Beispiel von der Lesegesellschaft, wenn außer dem Beitrag des Beklagten nur noch ganz vereinzelte Beiträge ausstehen.

b) Weiterhin wird die Vorschrift des § 320 Abs. 2 in zahlreichen Fällen die Einrede ausschließen. Sie lautet: „Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde." Mit Hilfe dieser Bestimmung kann der Einrede auch dann ein Riegel vorgeschoben werden, wenn die rückständigen Beiträge zwar von Einfluß auf den Gesellschaftszweck sind, aber im Verhältnis zu den Beiträgen, die schon geleistet oder angeboten sind, nur einen geringfügigen Teil der Gesamtbeitragsleistung darstellen. Dies mag einmal dann zutreffen, wenn bei einer zweiköpfigen Gesellschaft der Kläger teilweise geleistet hat, und der rückständige Teil seiner Leistung nur gering ist: so, wenn der Kläger in der Hauptsache Arbeit zu leisten hat, und nach Erfüllung dieser Verpflichtung mit einem kleinen Geldbetrag im Verzug ist. Oder wenn der Kläger seinen vertragsmäßigen Beitrag geleistet hat, vom Beklagten aber behauptet wird, Kläger unterhalte einen Konkurrenzbetrieb, den er nach Treu und Glauben einzustellen habe; vorausgesetzt, daß die Einstellung dieses Betriebs nicht zum Hauptgegenstand der klägerischen Verpflichtung gemacht worden ist. Besonders aber trifft dies auch in den Fällen zu, in denen die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht, und der Beklagte die Einrede auf die Säumnis eines einzelnen, sei es des Klägers, sei es eines Dritten, oder einzelner weniger stützt. Immerhin mag bei Beurteilung der Erheblichkeit der Rückstände im Verhältnis zu den geleisteten Beiträgen wiederum die Frage, inwieweit der Gesellschaftszweck durch die Rückstände beeinträchtigt wird, mit von entscheidender Bedeutung sein.

Ein ähnlicher Gedanke klingt bei Enneccerus durch, wenn er, wo mehr als zwei Gesellschafter vorhanden sind, die Einrede zwar nicht zulassen will, wenn gewöhnliche Beiträge, wohl aber, wenn größere Kapitaleinlagen nicht geleistet sind.

c) Vor allem aber werden vielfach Umstände vorliegen, auf Grund deren auch in Fällen, wo die Einrede an sich gerechtfertigt, und wo die Leistung, auf deren Rückständigkeit sie gestützt wird, keine verhältnismäßig geringfügige ist, auf einen Verzicht auf die Einrede geschlossen werden muß, oder doch ihre Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

So wird, wenn bei einer größeren Gesellschaft einem Kassenboten die Einziehung der Beiträge übertragen ist, anzunehmen sein, daß, wenn der Bote ins Haus kommt, nicht erst geprüft werden darf, ob die andern zu leisten bereit sind, daß vielmehr der Beitrag bedingungslos zu entrichten ist.

Weiterhin ist an Gesellschaftsverhältnisse zu denken, die sich schon über den Abschluß des Gesellschaftsvertrags hinaus entwickelt haben, bei denen es schon zu einer Tätigkeit für die Gesellschaft gekommen ist, bei denen schon Geschäfte geführt worden sind, Gesellschaftsvermögen angewachsen ist.

Schließen z. B. A, B und C einen Gesellschaftsvertrag, nach dem jeder 10 000 ℳ beitragen soll zum gemeinsamen Erwerb eines bestimmten Hauses zu Spekulationszwecken, so wäre an sich wohl, wenn A gegen B auf Bezahlung der 10 000 ℳ klagte, solange auch C noch im Rückstand ist, die Einrede des B, daß auch C noch nicht geleistet habe, gerechtfertigt. Haben jedoch die Gesellschafter vor Leistung der Beiträge das Haus schon gemeinsam erworben, so kann nicht nachträglich B die Einrede gegen den Kläger A erheben, weil auch C noch nicht geleistet habe. Denn damit, daß er sich auf den gemeinsamen Erwerb des Hauses eingelassen hat, ohne sich zuvor der pünktlichen Zahlung der Beiträge seitens beider Genossen zu versichern, hat er auf die Einrede gegenüber der Klage auf Beitragsleistung verzichtet. Ihre Geltendmachung würde auch deshalb gegen Treu und Glauben verstoßen, weil dem Verkäufer gegenüber jeder Gesellschafter auf die ganze Kaufsumme haftet, und daher der Kläger A ein selbständiges Interesse daran hat, daß seine Gesamthaftung durch die Leistung des B verringert werde, mag C zur Leistung bereit sein oder nicht. Ein ähnlicher Fall liegt dem Urteil des Reichsgerichts in J. W. 1900 No. 92, S. 841 No. 9 zu Grund; es wird dort die Verwerfung der Einrede darauf gestützt, daß die Einlageverpflichtungen der Gesellschafter sich nicht ohne Weiteres

bedingen. Richtiger aber dürfte es sein, an der Gegenseitigkeit der Einlageverpflichtungen grundsätzlich festzuhalten und nur die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im vorliegenden Fall auf Grund der ausgesprochenen speziellen Erwägungen für unzulässig zu erklären.

Ein andres Beispiel: Drei Maurermeister A, B und C schließen einen Gesellschaftsvertrag zu gemeinsamem Betrieb ihres Maurergewerbes. Auch hier ist ohne Zweifel B berechtigt, der Klage des A auf Beitragsleistung die Einrede entgegenzusetzen, daß auch C seinen Beitrag verweigere. Hat aber B gemeinsam mit A einen Bau in Angriff genommen, ehe C sich mit Geld oder Arbeit beteiligt hat, so kann er nicht mitten im Bau die weitere Beteiligung wegen der Säumnis des C unterlassen. Dies würde, nachdem er einmal am Bau tätig geworden und dadurch vielleicht auch den A erst zur Teilnahme veranlaßt hat, nachdem Aufwendungen aller Art gemacht sind, gegen Treu und Glauben verstoßen.

Zwei Techniker haben sich zur Übernahme der Herstellung einer Anlage verbunden und demgemäß die Herstellung unter Zusicherung einer Konventionalstrafe für den Fall verspäteter Vollendung dem Dritten gegenüber übernommen. Ist nun der eine zeitweise an der Beteiligung verhindert, so darf der andre nicht um deswillen auch seinerseits die Arbeitsleistung verweigern, wenn er dadurch die Gesellschaft der Gefahr aussetzen würde, die Vertragsstrafe bezahlen zu müssen.

Ähnliche Fälle sind, wo es sich darum handelt, einer bedeutenden Schadensersatzpflicht zu entgehen, oder mittels einer Beitragsleistung eine günstige Kaufsgelegenheit zu erfassen, oder wo sonstwie unverhältnismäßiger Schaden als Folge der Verweigerung zu gewärtigen wäre.

Indessen wird man nicht verallgemeinern, und, wie Goldmann will, in jeder Aufnahme einer Tätigkeit für die Gesellschaft einen Verzicht auf die Einrede erblicken dürfen. Verbinden sich drei Kaufleute zu gemeinsamem Geschäft und geht A, ehe Beiträge geleistet sind, für die Gesellschaft, wie verabredet, auf Reisen, so wird man ihm nicht verwehren können, die Reise sofort zu unterbrechen und jedes weitere Tätigwerden für die Gesellschaft einzustellen, wenn er merkt, daß B und C mit ihren Beitragsleistungen in Verzug geraten. Die gesellschaftliche Tätigkeit ist hier eben aufgenommen

worden in der Voraussetzung, daß sämtliche Beitragsleistungen pünktlich erfolgen und kann daher, wenn jene Voraussetzung sich als unzutreffend erweist, billigerweise wieder eingestellt werden, solange durch die bisherige Tätigkeit die Gesellschaft noch nicht soweit dritten gegenüber engagiert ist, daß die nunmehrige Arbeitseinstellung einen außerordentlichen Schaden für sie verursachen würde.

Eine bestimmte allgemeinhin gültige Regel läßt sich überhaupt nicht aufstellen; vielmehr wird die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags in concreto in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände geprüft werden müssen; es könnte sich nur darum handeln, für diese Prüfung allgemeine Anhaltspunkte zu geben. Jedenfalls aber ist soviel sicher, daß der grundsätzlichen Zulassung der Einrede weder rechtliche Bedenken noch unbillige Konsequenzen im Weg stehen.

b) Die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung, §§ 323—325.

§ 5.

Allgemeines über die Anwendung der §§ 323 ff.

I. Ehe in die Streitfrage eingetreten wird, ob dann, wenn die Leistung eines oder eines Teiles der Gesellschafter ganz oder teilweise unmöglich wird, die Vorschriften der §§ 323 ff. zur Anwendung kommen können, sind von vornherein alle die Fälle auszuscheiden, in denen die eingetretene Leistungsunmöglichkeit einen so starken Einfluß auf den Gesellschaftszweck ausübt, daß dieser unerreichbar wird.

Diese Fälle werden nicht selten sein; sie liegen überall da vor, wo der Gesellschaftszweck in einem quantitativ unveränderlichen Erfolg besteht, und zu seiner Erreichung ein bestimmter Aufwand an Geld oder Arbeit erforderlich ist, der ohne Erhöhung der Beiträge nur durch die Leistungen sämtlicher Gesellschafter beschafft werden kann. Haben zwei Freunde verabredet, eine Flasche Wein zu trinken, wollen zwei Bekannte zusammen ein Los kaufen, haben sich mehrere zusammengefunden, um sich eine Zeitschrift zu halten, wollen eine Anzahl Spekulanten einen Grundstückskomplex gemein-

schaftlich erwerben — überall wird die Erreichung des Gesellschafts-zwecks unmöglich, wenn die Beitragsleistung eines Einzelnen unmöglich wird, da dann die nötigen Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen.

Dabei ist es gleichgültig, ob die Unerreichbarkeit des Gesell-schaftszwecks eine subjektive oder eine objektive ist, d. h. ob der gemeinschaftlich erstrebte Erfolg nur mit den Mitteln, die für die Gesellschaft nach Unmöglichwerden der einen Leistung noch verfügbar sind, nicht mehr erreicht werden kann, weil sie zum Ankauf eines Loses, zur Bezahlung des Zeitungsabonnements nicht mehr hin-reichen; oder ob er überhaupt unerreichbar geworden ist, weil etwa wichtige und unersetzliche Zeichnungen, die ein Gesellschafter hätte beibringen sollen, verbrannt sind.

Gleichgültig ist es auch, ob die Leistungsunmöglichkeit, durch die der Zweck vereitelt wird, verschuldet oder unverschuldet ist, und wer sie zu vertreten hat.

Alle diese Fälle sind deshalb auszuscheiden, weil hier die Ge-sellschaft nach § 726 endigt, und damit ipso iure sämtliche Leistungs-verbindlichkeiten der Gesellschafter wegfallen, ohne daß es erst der Vorschriften der §§ 323 ff. bedürfte.

Es könnte sich um deren Anwendung somit höchstens noch in-sofern handeln, als Rückforderungsansprüche wegen bereits einge-zahlter Einlagen in Frage stünden. Allein da nach § 730 nach Auflösung der Gesellschaft die Auseinandersetzung unter den Gesell-schaftern stattfindet, so ist für Rückforderungsansprüche nach §§ 323 ff. kein Raum mehr. Vielmehr werden die Rechtsbeziehungen unter den Gesellschaftern, die mit Endigung der Gesellschaft noch nicht erloschen sind, im Weg der Auseinandersetzung zur Erledigung ge-bracht. Hiebei kann dann auch die Frage, ob und von wem die Leistungsunmöglichkeit zu vertreten ist, Berücksichtigung finden, indem Schadensersatzansprüche, die hieraus gegen die vertretungs-pflichtigen Gesellschafter entstehen, bei der Auseinandersetzung gegen Erstattungsforderungen in Rechnung gestellt werden.

II. Der Streit um die Anwendung der §§ 323 ff. auf den Gesellschaftsvertrag erhebt sich aber dann, wenn trotz der Leistungs-unmöglichkeit die Erreichung des Gesellschaftszwecks, wenn auch in eingeschränktem Umfang, möglich bleibt, wie dies bei den Erwerbs-gesellschaften für die Regel der Fall sein wird.

1. Die Anwendung der besagten Vorschriften wird von Cosack mit der Begründung geleugnet, daß die Anwendung dahin führte, daß die Gesellschaft von Rechtswegen aufgelöst würde, dies aber nicht dem Willen der Parteien entspräche. Vielmehr stelle das Gesetz die Auflösung in das Ermessen der anderen Gesellschafter, indem es jedem von ihnen ein Kündigungsrecht gebe. Das Kündigungsrecht soll sonach nach Cosack an die Stelle der Vorschriften in §§ 323 ff. beim Gesellschaftsvertrag treten.

Ähnlich führt Titze aus, wenn die unmöglich gewordenen Beiträge von wesentlicher Bedeutung seien, so gebe das Kündigungsrecht die Möglichkeit, den Vertrag aufzulösen. Werde hievon kein Gebrauch gemacht, so sei der betreffende Gesellschafter entweder, wenn ihn eine Vertretungspflicht treffe, nach § 280 schadensersatzpflichtig, oder aber, wenn ihn eine Vertretungspflicht nicht treffe, werde er von der Beitragspflicht frei, ohne daß er für seine Person aus der Gesellschaft ausscheide oder sich seine Geschäftsanteile mindern oder die Mitgesellschafter sich unter Berufung auf § 323 ihrer Beitragspflicht entschlagen könnten. Das Resultat sieht Titze deshalb nicht als unbillig an, da es nur dann mit Notwendigkeit eintrete, wenn die unmöglich gewordene Leistung eine unwesentliche gewesen sei, und da dem betreffenden Gesellschafter ja alle sonstigen aus dem Vertrag erwachsenden Pflichten, namentlich die Haftung für die gemeinschaftlichen Schulden, verbleibe.

Hiemit deckt sich die Ansicht Schefolds. Auch er läßt nur die Alternative zu: entweder wird der Vertrag gekündigt und löst sich demgemäß auf, oder aber er wird nicht gekündigt und besteht dann auch mit dem weiter, dessen Leistung unmöglich geworden ist. Derselbe Standpunkt findet sich bei Endemann S. 1134 f.

Indessen findet sich weder im Gesetz selbst, noch in den Materialien ausgesprochen, daß es vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sei, für den Gesellschaftsvertrag die Vorschriften der §§ 323 ff. durch das Kündigungsrecht zu ersetzen. Selbständig auf diese Absicht des Gesetzgebers zu schließen, wäre aber nur dann gerechtfertigt, wenn das Kündigungsrecht *neben* den Bestimmungen der §§ 323 ff. keinen Sinn mehr hätte, wenn also in allen den Fällen, in denen § 723 ein Kündigungsrecht gewährt, die Gesellschaft sich schon nach §§ 323 ff. ipso iure auflösen würde. Für diesen Fall ließe sich

sagen: es liegt ein Fall von Gesetzeskonkurrenz vor, das Kündigungsrecht des § 723 stellt die lex specialis dar gegenüber der generellen Vorschrift der §§ 323 ff., also tritt dieses Kündigungsrecht an Stelle der ipso iure-Auflösung.

Nun ist aber die Rechtsfolge der §§ 323 ff. keineswegs stets die Auflösung des Vertrags; so sieht beispielsweise der § 323, wenn die Leistung des einen Teils nur teilweise unmöglich geworden ist, eine Fortdauer des Vertrags unter Verminderung der beiderseitigen Leistungen vor. Auch beim Gesellschaftsvertrag können die Verhältnisse so liegen, daß die Beitragsleistung eines Gesellschafters teilweise unmöglich geworden und hiedurch eine Beeinträchtigung des Gesellschaftszwecks eingetreten ist, daß aber, trotzdem die Gewinnchance vermindert ist, an dem Betrieb der Gesellschaft noch ein Interesse für die Mitgesellschafter besteht. Es ist ja denkbar, daß dem Mitgesellschafter dessen, dessen Leistung teilweise unmöglich geworden ist, weniger an einem bestimmten Umfang des Unternehmens, wie er sich nur mit den vollen vertragsmäßigen Beiträgen erreichen ließe, als daran gelegen ist, daß das Unternehmen auf gemeinsames Risiko betrieben werde. Vereinigen sich in dieser Weise A und B zu einer Erwerbsgesellschaft mit beiderseitiger Einlageverpflichtung in Höhe von 20 000 ℳ und geht das Kapital des A, das als Einlage bestimmt war, bis auf 10 000 ℳ verloren, so kann B immerhin ein Interesse daran haben, daß mit einer beiderseits auf den Betrag von 10 000 ℳ verminderten Kapitalbeteiligung in das gemeinschaftliche Unternehmen eingetreten werde. Dieses Interesse aber kann er zwar mittels der durch § 323, nicht aber mittels der durch § 723 gebotenen Handhabe befriedigen. Stünde dem B nur das Kündigungsrecht zu, so wäre er vor die Wahl gestellt, entweder trotz Verminderung der Einlage des A seinerseits 20 000 ℳ einzubringen und dem A gleichwohl die Hälfte des Gewinnanteils zu gewähren, oder durch Kündigung die Gesellschaft zum Erlöschen zu bringen, also auf das Recht auf die Beteiligung des A, auch soweit diese noch möglich ist, zu verzichten. Es wäre ihm die Möglichkeit genommen, ohne Auflösung der Gesellschaft auch seinerseits 10 000 ℳ aus dem Geschäft herauszuziehen, um sie anderweitig anzulegen, wo er nicht den Ertrag mit A zu teilen hätte. Dies entspricht sicher

nicht dem Parteiinteresse und kann vom Gesetz daher nicht gewollt sein.

Weitere Fälle, in denen nach den Vorschriften der §§ 323 ff. sich die Gesellschaft nicht notwendig ipso iure auflöst, sind § 323 Abs. 2 und § 324, sowie auch der Fall, daß nach § 325 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß diese Schadensersatzforderung nicht an Stelle der Vertragserfüllung, sondern an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung des vertretungspflichtigen Vertragsteils trete.

Ist aber nach §§ 323 ff. für den Fall des Unmöglichwerdens der Beitragsleistung eines Genossen sowohl die Auflösung als auch der Fortbestand der Gesellschaft, unter Umständen unter Minderung der Beitragspflichten möglich, und ist letzteres auch praktisch denkbar, so geht daraus hervor, daß das Kündigungsrecht nicht die Spezialvorschrift gegenüber jenen Bestimmungen darstellt und sie somit außer Kraft setzt. Das Kündigungsrecht hat vielmehr praktische Bedeutung auch neben jenen Bestimmungen, wie gerade der Fall teilweiser Leistungsunmöglichkeit zeigt. Denn, wenn die teilweise Unmöglichkeit von keiner Seite zu vertreten ist, wäre mit Hilfe der §§ 323 ff. eine Auflösung der Gesellschaft nicht zu bewerkstelligen, selbst wenn durch die teilweise Unmöglichkeit der Gesellschaftszweck so wesentlich beeinträchtigt würde, daß die Mitgesellschafter an der Fortsetzung kein Interesse mehr hätten. Die Auflösung ist aber ermöglicht mit Hilfe des Kündigungsrechts. Denn auch eine teilweise Beitragsunmöglichkeit, die den Gesellschaftszweck erheblich beeinträchtigt, stellt die Unmöglichkeit der Erfüllung einer wesentlichen Verpflichtung i. S. des § 723 dar. Weiterhin erhält das Kündigungsrecht seine Bedeutung im Fall des § 324.

Es ist somit nicht einmal nötig, das Kündigungsrecht in jenen Fällen an die Stelle der in §§ 323 ff. gegebenen Bestimmungen zu setzen, in denen diese die Auflösung der Gesellschaft ipso iure vorsehen; zumal diese Auflösung von Rechtswegen auch beim Gesellschaftsvertrag einen guten Sinn hat. Verliert A sein ganzes Vermögen, so ist klar, daß B, selbst wenn mit einem Betriebskapital von 20000 ℳ — seiner eigenen Einlage — noch Gewinn erzielt werden kann, diesen jedenfalls allein erzielen will, daß er also nunmehr, wenn nicht A Ersatz für seine ausgefallene Einlage leistet,

an einem gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb kein Interesse mehr hat. Es ist daher billig, daß seine Verpflichtung von Rechtswegen wegfalle. Wäre hiezu erst Kündigung erforderlich, so müßte B, wenn er diese versäumt, für die Zeit bis zur Kündigung dem Genossen am Gewinn die Hälfte gewähren, und zwar, wenn dieser seine Leistungsunmöglichkeit nicht zu vertreten hätte, bedingungslos; hätte der Genosse die Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten, so erwüchse dem B zwar eine Ersatzforderung, deren Bestand und Höhe er aber zu belegen hätte. Weiterhin wäre es aber auch für A mißlich, hinge es von der Erklärung des B, die er jederzeit zu gewärtigen hätte, ab, wie lange er für gesellschaftliche Verluste zu haften hätte. Diese Folgen scheinen wiederum nicht der Parteiabsicht zu entsprechen, und sind daher ohne Zweifel auch nicht im Sinn des Gesetzes. Es ergibt sich vielmehr, daß nicht die Auflösung von Rechtswegen durch das Kündigungsrecht ersetzt ist, daß vielmehr, soweit Auflösung von Rechtswegen eintritt, das Kündigungsrecht zurückzutreten hat. Daß das Kündigungsrecht hiedurch seine Bedeutung nicht verliert, ist bereits ausgeführt; um so mehr, als die Fälle vollständiger Unmöglichkeit die seltneren sein werden und häufiger als die Fälle teilweiser Unmöglichkeit zur Folge haben werden, daß sich die Gesellschaft überhaupt schon deshalb auflöst, weil der Zweck nicht mehr erreichbar ist.

Sonach ist davon auszugehen, daß das Kündigungsrecht nicht die in §§ 323 ff. niedergelegten Normen außer Kraft setzen, sondern neben ihnen da in Wirksamkeit treten solle, wo die gedachten Normen der besonderen Rechtslage beim Gesellschaftsvertrag nicht vollauf Rechnung tragen.

2. Es erklärt denn auch eine ganze Reihe von Schriftstellern die Vorschriften der §§ 323 ff. auf den Gesellschaftsvertrag für anwendbar; so Planck S. 454 f.; Knoke S. 45 ff.; Eschelbacher S. 28 f.; Örtmann S. 444; Goldmann und Lilienthal S. 740; im einzelnen weichen sie allerdings in mannigfacher Hinsicht von einander ab und gehen nach verschiedenen Richtungen zu weit.

a) Vor allem dürfte der bei Planck, Knoke und Goldmann vertretenen Ansicht entgegenzutreten sein, daß einem Gesellschafter, der, ehe die Leistung des andern unmöglich geworden ist, bereits geleistet hat, durch §§ 323 und 325 die Möglichkeit gegeben sei, auch für

Dienstleistungen und Gebrauchsüberlassung von Sachen Ersatz zu erlangen, während er bei der Auseinandersetzung, die seiner Kündigung nach §§ 723, 730 f. folgen würde, hiefür nicht entlohnt würde.

Wenn demgegenüber Schefold S. 77 hervorhebt, daß für den Bereicherungsanspruch bei der Gesellschaft kein Raum sei, da, wenn bei einer Gesellschaft einer seinen Beitrag geleistet habe, er ihn nicht dem andern, sondern auch sich selbst geleistet habe, und darum ein Herausverlangen einer nicht geschuldeten Leistung ausgeschlossen sei, so ist dieser Schluß nicht zwingend; denn der betreffende Gesellschafter könnte immerhin den Teil seiner Leistung zurückverlangen, um den die übrigen Genossen bereichert sind. In ähnlicher Weise hilft sich Knoke damit, daß er den Bereicherungsanspruch zu einem Anspruch gegen die Mitgesellschafter gestalten will, des Inhalts, zuzulassen, daß der Wert der betreffenden Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen entnommen werde. Allein trotzdem dürfte es richtiger sein, daran festzuhalten, daß, wenn durch Leistung der Beiträge Gesellschaftsvermögen entstanden ist, die Auflösung des Gesellschaftsvermögens im Weg der Auseinandersetzung zu erfolgen hat, daß es demgemäß als Wille des Gesetzes anzusehen ist, es solle durch die Einführung der Auseinandersetzung der Bereicherungsanspruch der §§ 323 und 325 für die Gesellschaft außer Anwendung gesetzt werden.

Diese Ansicht findet eine Stütze darin, daß die Rückforderungsansprüche nach Bereicherungsgrundsätzen weder ein Ersatz für die Auseinandersetzung sind, noch für sie neben der Auseinandersetzung ein Bedürfnis vorliegt.

Beim gewöhnlichen gegenseitigen Vertrag wird mit dem Rückforderungsanspruch nach Eintritt der Leistungsunmöglichkeit das Rechtsverhältnis, das dadurch entstanden ist, daß der eine Teil schon geleistet hat, sachgemäß zur Erledigung gebracht. Beim Gesellschaftsvertrag aber handelt es sich nicht bloß um Rückforderung geleisteter Beiträge. Hier haben sich häufig schon weitere Rechtsbeziehungen entwickelt, es sind gemeinschaftliche Schulden entstanden, man ist Verpflichtungen gegen dritte eingegangen, es ist Gewinn erzielt, sind Geschäfte in der Schwebe, die noch der Erledigung harren. Zur Lösung aller dieser Verhältnisse reichen die Rück-

forderungsansprüche nicht aus. Vielmehr wäre hier immer noch neben diesen Ansprüchen die Auseinandersetzung von nöten.

Es ist aber für diese Rückforderungsansprüche auch kein Bedürfnis vorhanden; denn die Auseinandersetzung ermöglicht eine vollständig angemessene Regelung. Allerdings kann für Dienstleistungen Ersatz nicht verlangt werden. Allein, wo dies unbillig erscheint, steht nichts im Weg, vertragsmäßig anders zu bestimmen. Für die Regel aber wird hierin eine Unbilligkeit nicht zu finden sein. Denn die in Arbeitsleistung bestehenden Beiträge entsprechen nicht den Kapitaleinlagen der andern, sondern dem Zinserträgnis aus diesen. Wer Dienste zu leisten verspricht, verpflichtet sich, ein latentes Kapital in die Gesellschaft einzubringen, von dessen Zinsen die Arbeitsleistung erkauft werden kann. So wenig aber für Kapitalzinsen Ersatz verlangt werden kann, so wenig rechtfertigt sich dies für Dienstleistungen. Es ist auch angemessen, daß der Dienstverpflichtete an den Kapitalverlusten der andern teilnimmt. Denn seine Kapitaleinlage kann durch keinen Verlust gemindert werden, die durch Kapitalisierung seiner Arbeitsleistungen gewonnene imaginäre Summe, der Kapitalwert seiner Arbeitskraft, bleibt ihm ungekürzt; es ist daher billig, daß er den andern, die an ihrem Kapital eine Einbuße erlitten haben, einen entsprechenden Teil hieran erstatte. Es entginge ihnen sonst für die Zukunft ein Zinsgenuß, der ihm in Gestalt anderweitiger Ausnützung seiner ungekürzten Arbeitskraft unvermindert verbliebe.

Darum ist es auch gerechtfertigt, daß, wenn die Gesellschaft infolge Leistungsunmöglichkeit auf einer Seite ihr Ende findet, sei es ipso iure, sei es durch Kündigung, und an der Unmöglichkeit keinen der Gesellschafter ein Verschulden trifft, zwar Kapitaleinlagen, nicht aber Dienste vergütet werden. In den meisten Fällen wird sich ja auch das Maß der Dienstleistung schrittweise auf gleicher Höhe mit den Kapitaleinlagen halten, so daß ein dem Wert der Dienstleistung entsprechender Verlust an Zinsen entstanden sein wird. Und umgekehrt kann das Verhältnis auch so liegen, daß noch keine Dienste, wohl aber Kapitaleinlagen geleistet sind; nun aber trägt auch der Dienstverpflichtete an den Zinsverlusten keinen Anteil. Trifft aber einen Gesellschafter an der Leistungsunmöglichkeit ein Verschulden, so hat er den andern das Erfüllungsinteresse zu ersetzen

und damit implicite kann auch für Dienstleistungen, so gut wie für Kapitalzinsen, Ersatz erlangt werden; hiezu bietet gerade die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern das Hilfsmittel.

b) Ist sonach der Bereicherungsanspruch beim Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen, so muß das gleiche aus denselben Gründen auch für die durch Rücktrittserklärung entstehenden Ansprüche gelten. Planck und Knoke wollen dieses Rücktrittsrecht zulassen, wenn die Gesellschaft aus zwei Personen besteht, Goldmann und Lilienthal auch bei mehrköpfigen Gesellschaften. Da indes nach der oben gegebenen Ausführung die Rechtsfolgen des Rücktrittsrechts für die Vergangenheit, nämlich die Rückforderungsansprüche, beim Gesellschaftsvertrag durch die Auseinandersetzung außer Kraft gesetzt werden, für die Zukunft aber das Rücktrittsrecht in seinen Wirkungen der Kündigung gleich steht, hinsichtlich der Voraussetzungen aber letztere sogar noch eine Erleichterung gewährt, insofern sie, was Goldmann und Lilienthal allerdings auch vom Rücktritt behaupten, von jedem einzelnen Gesellschafter einseitig erklärt werden kann, so hat das Rücktrittsrecht für den Gesellschaftsvertrag überhaupt jede Bedeutung verloren und kann daher außer Erörterung bleiben.

c) Schließlich ist auch bei der Frage, inwieweit Leistungsunmöglichkeit auf der einen Seite auf den Gesellschaftsvertrag und die gegenseitigen Verpflichtungen unter den Gesellschaftern einwirkt, daran festzuhalten, daß, was in der angeführten Literatur keine Berücksichtigung findet, nur einer solchen Leistungsunmöglichkeit überhaupt eine Bedeutung i. S. der §§ 323 ff. zukommt, von der ein Einfluß auf den Gesellschaftszweck in Aussicht zu nehmen ist. Daraus, daß eine unbedeutende Nebenleistung eines Gesellschafters unmöglich wird, oder daß in einer Gesellschaft von zahlreichen Mitgliedern die Leistung eines einzelnen, die in der Masse der übrigen vollständig verschwindet, nicht mehr bewirkt werden kann, treten, sofern nicht für diesen Fall vertragsmäßig etwa ein Ausschließungsrecht des betreffenden Gesellschafters vorgesehen ist, Rechtsfolgen überhaupt nicht in Erscheinung. Es bleibt daher auch der Gesellschafter, dessen Leistung unmöglich geworden ist, am Erfolg des Unternehmens, am Gewinn wie am Verlust, vollauf beteiligt, nur daß er im Fall der Auseinandersetzung naturgemäß eine Einlage nicht erstattet erhält.

§ 6.

Die Einzelanwendung der §§ 323—325.

Hat die bisherige Untersuchung zu dem Ergebnis geführt, daß die Anwendbarkeit der §§ 323 ff. auf den Gesellschaftsvertrag, wenn auch in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt, so doch nicht völlig ausgeschlossen ist, so soll im Folgenden der Versuch gemacht werden, an der Hand der einzelnen in §§ 323—325 niedergelegten Gesetzesbestimmungen darzulegen, wie sich ihre Anwendung auf den Gesellschaftsvertrag gestaltet.

I. Nach § 323 verliert ein Gesellschafter, dessen Beitragsleistung unmöglich wird, den Anspruch auf die Gegenleistung, d. h. auf die Beitragsleistung seiner Mitgesellschafter. Damit aber löst sich der Vertrag für die Zukunft auf, gleichgiltig, ob die Gesellschaft aus zwei oder mehr Personen bestand.

Planck und Eichelbacher trennen in letzterem Fall die Rechtsverhältnisse, die zwischen dem, dessen Leistung unmöglich geworden ist und den Mitgesellschaftern bestehen, von denen, in denen die Mitgesellschafter untereinander stehen, und nehmen an, daß nur die ersteren zerfallen, so daß der betreffende Gesellschafter aus dem Vertrag ausschiede, die Gesellschaft aber unter den übrigen fortbestünde. Dies dürfte indes nicht richtig sein. Die Gesellschaft ist ein einheitlicher Vertrag; scheidet ein Genosse aus, so löst sie sich, wenn nicht ein anderes im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, oder sich aus den Umständen ergibt, auf; auch stehen die Beitragspflichten der einzelnen Gesellschafter jeweils in einem bestimmten Verhältnis zu den gesamten Pflichten der andern, und dieses Verhältnis kann nicht mehr hergestellt werden, wenn die Leistung eines Gesellschafters ausgefallen ist. Es wird daher, wie auch Knoke, Goldmann und Lilienthal, sowie Örtmann S. 444 annehmen, der ganze Gesellschaftsvertrag aufgehoben.

Mit dieser Aufhebung des Gesellschaftsvertrags und dem Wegfall sämtlicher Beitragsverbindlichkeiten der Gesellschafter erledigt sich das ganze gesellschaftliche Verhältnis dann, wenn weiter nichts vorliegt, als der Abschluß des Vertrags. Ist die Gesellschaft jedoch bereits in den Rechtsverkehr eingetreten, sind Geschäfte für die Gesellschaft abgeschlossen und Verpflichtungen gegenüber Dritten ein-

gegangen worden, ist Gewinn erzielt, Verlust entstanden, Gesellschaftsvermögen angewachsen, so bietet für die Erledigung dieser Verhältnisse § 323 allein keine Handhabe.

Es entsteht daher mit dem Wegfall der Beitragspflicht der Anspruch auf Auseinandersetzung nach den Grundsätzen der §§ 730 ff., analog dem Bereicherungsanspruch des § 323 Abs. 3, der bei den gewöhnlichen gegenseitigen Verträgen ebenfalls mit Wegfall der beiderseitigen Verpflichtungen erwächst, beim Gesellschaftsvertrag aber außer Anwendung gesetzt ist. Bei der Auseinandersetzung kommt dem Genossen, der den Grund für die Auflösung der Gesellschaft abgegeben hat, ein voller Anteil am Gewinn wie am Verlust zu; ein Unterschied gegenüber den andern Genossen zeigt sich nur darin, daß er keine Einlage erstattet erhält.

Für eine Kündigung ist kein Raum. Sowohl der Wegfall der gegenseitigen Beitragspflicht mit der Folge der Auflösung des Gesellschaftsvertrags, als auch der Anspruch auf Auseinandersetzung treten von Rechtswegen ein.

Dagegen steht es den Gesellschaftern, deren Leistung möglich geblieben ist, offen, von dem in § 323 Abs. 2 vorgesehenen Recht Gebrauch zu machen, indem sie dann, wenn der andre für seine unmöglich gewordene Leistung Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt hat, dessen Herausgabe, bezw. Abtretung gemäß § 281 verlangen. In diesem Fall setzt sich, wenn das Surrogat im Wert der Vertragsleistung gleichkommt, die Gesellschaft ungehemmt fort. Es ist nicht anzunehmen, daß die Anwendung des § 323 Abs. 2, wie Titze ausführt, beim Gesellschaftsvertrag durch § 707 ausgeschlossen werden will; denn es ist der Sinn des § 707 nicht der, daß ein Gesellschafter auch dann nicht verpflichtet sein solle, den Wert des zufällig untergegangenen Gegenstands an dessen Stelle in das Gesellschaftsvermögen einzuwerfen, wenn er für diesen Wert Ersatz erhält. Durch § 707 sollte nur verhindert werden, daß der Gesellschafter gezwungen werden könnte, je nachdem sich die Geschäfte der Gesellschaft entwickeln, um der Erreichung des Gesellschaftszwecks willen weiteren Aufwand als den vertragsmäßig vorgesehenen, aus seinem Vermögen zu machen (Mot. 2 S. 597). Darum handelt es sich aber im Fall des § 323 Abs. 2 nicht: das Vermögen des betreffenden Gesellschafters soll nicht weiter belastet werden, als

dies vertragsmäßig vorgesehen ist, sondern es wird von ihm nur verlangt, daß er den ihm für den entgangenen Gegenstand gewordenen Ersatz abtreten solle. Dieses Verlangen entspricht der Billigkeit und wird durch § 707 nicht betroffen.

Wird die Leistung eines Gesellschafters nur teilweise unmöglich, so ist nach § 323 die Folge, daß auch der andre Gesellschafter ihm gegenüber und damit, wo mehrere Gesellschafter vorhanden sind, die Mitgesellschafter auch unter sich nur zu entsprechend verminderter Beitragsleistung verpflichtet sind.

Daß Fälle denkbar sind, in denen ein Geschäftsbetrieb mit verminderten Einlagen immer noch im Interesse der Gesellschafter liegen kann, ist bereits ausgeführt worden. Ein weiteres Beispiel ist: ein Schriftsteller und ein Verleger vereinbaren, A werde jedes Jahr zwei Romane schreiben, B deren Druck, Ausstattung und Vertrieb übernehmen und darauf eine bestimmte Summe verwenden. A wird aber von einer langwierigen Krankheit darniedergeworfen und ist nur noch im Stand, jährlich einen einzigen Roman zu schreiben. B kann ein großes Interesse daran haben, diesen einen Roman wenigstens zu verlegen; naturgemäß aber will er auf dessen Ausstattung nur die Hälfte des vereinbarten Betrags verwenden.

In zahlreichen Fällen freilich wird ein derartiger Geschäftsbetrieb den Interessen der Gesellschafter nicht entsprechen. Die Fälle, daß der Gesellschaftszweck mit verminderter Leistung nicht erreicht werden kann, sind schon ausgeschieden. Aber selbst wenn der Zweck erreichbar bleibt, wenn auch mit verminderter Einlage das vorgesehene Erwerbsgeschäft mit Aussicht auf Gewinn betrieben werden kann, so muß der voraussichtliche Gewinn nach Lage der Dinge doch ein entsprechend geringerer werden. Mit Aussicht auf einen geringeren Gewinn aber, als er bei vertragsmäßigen Leistungen in Aussicht zu nehmen war, das gemeinschaftliche Geschäft fortzusetzen, mag den Genossen der Mühe und des Risikos nicht wert erscheinen.

§ 323 bietet jedoch, wie ausgeführt, keine Handhabe, diesem Interesse der Mitgesellschafter gerecht zu werden; denn er sieht nicht das Recht des einen Teils vor, bei teilweisem Untergang der Gegenleistung unter Ablehnung des noch möglichen Rests, wenn dieser für ihn keinen Wert mehr hat, die Gegenleistung zu verweigern. Dagegen greift nunmehr das Kündigungsrecht ein. Es ist nicht

richtig, wenn Planck und Knoke das Kündigungsrecht nur in Fällen gänzlicher Leistungsunmöglichkeit auf Seiten eines Genossen in Wirkung treten lassen wollen; dabei ist übersehen, daß „wesentliche Verpflichtung" i. S. des § 723 nicht dasselbe ist, wie „gesamte Verpflichtung". So gut die gesamte Verpflichtung eines Gesellschafters eine „unwesentliche" sein kann, so gut kann umgekehrt ein Teil der Verpflichtung bereits eine „wesentliche" Verpflichtung darstellen, wenn dieser Teil von erheblichem Einfluß auf den Gesellschaftszweck ist. Daher kann auch die teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung einer Beitragspflicht zur Kündigung gemäß § 723 berechtigen. Insofern ergänzt also § 723 den § 323 beim Gesellschaftsvertrag.

II. § 324 bestimmt: Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung in Folge eines Umstands, den der andre Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Das Gleiche gilt, wenn die dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andre Teil im Verzug der Annahme ist.

Die Anwendung dieser Bestimmung auf den Gesellschaftsvertrag ist einmal deshalb sehr in Frage gestellt, weil die Mitgesellschafter desjenigen, dessen Leistung unmöglich geworden ist, jederzeit zur Kündigung berechtigt sind, ohne Unterschied, wer die Unmöglichkeit verschuldet hat, also selbst dann, wenn sie selbst hiefür vertretungspflichtig sind.

Weiterhin ergibt sich eine Beschränkung der Anwendbarkeit daraus, daß der „andre Teil" bei einer Gesellschaft von mehr als zwei Personen stets die Gesamtheit der Mitgesellschafter ist. Hat also nur einer oder ein Teil der Mitgesellschafter die Unmöglichkeit der Beitragsleistung eines Gesellschafters zu vertreten, so ist § 324 von vornherein unanwendbar, die Rechtslage beurteilt sich in diesen Fällen vielmehr nach § 323, da weder den „einen Teil" noch den „andern Teil" eine Vertretungspflicht trifft: d. h. die Gesellschaft löst sich entweder auf oder geht mit verminderten Beiträgen weiter, bezw. wird gekündigt; der Gesellschafter, dessen Leistung unmöglich geworden ist, kann sich für den Schaden, der ihm aus diesen Rechtsfolgen entstanden ist, lediglich an den schuldigen Gesellschafter halten.

Die Frage der Anwendbarkeit des § 324 tritt somit erst auf, wenn sämtliche Mitgesellschafter die Unmöglichkeit der Beitragsleistung eines Gesellschafters zu vertreten haben und vom Recht der Kündigung kein Gebrauch gemacht wird. Hiezu bemerkt Knoke, die rein mechanische Anwendung mit dem Ergebnis, daß der unschuldige Gesellschafter von seiner Leistung frei würde, während der schuldige Gesellschafter seine Leistung an die Gesellschaftskasse zu bewirken hätte, würde dem Interesse des unschuldigen Gesellschafters nicht entsprechen, da seine eigene Leistung, wenn sie nicht unmöglich geworden wäre, ihm ja auch wieder mit zu gute gekommen wäre, andrerseits sein Mitgesellschafter an dem von ihm zu leistenden Beitrag mitberechtigt bliebe. Hätte dieser daher in dem fraglichen Fall nur seinen Beitrag zu zahlen, so würde der andre den von ihm zu leistenden Gegenstand gänzlich verlieren und doch an dem von seinem Mitgesellschafter eingebrachten Gegenstand nur eine bloße Mitberechtigung erwerben; und wenn die Gesellschaft aufgelöst würde, könnte der Mitgesellschafter seine ganze Einlage zurückfordern, während ihm, da er ja nichts eingebracht hätte, ein solcher Anspruch nicht zustünde. Er hätte daher den von ihm einzubringenden Gegenstand ohne jeden Ersatz verloren. Es sei daher folgendermaßen zu entscheiden: Der Mitgesellschafter sei, da er den Untergang der von dem einen einzubringenden Sache verschuldet habe, verpflichtet, ihm deren Wert zu ersetzen, selbstverständlich ohne seiner Pflicht zur Leistung seines Beitrags ledig zu werden. Da aber der Gesellschafter, dessen Leistung unmöglich geworden sei, dem Mitgesellschafter gegenüber verpflichtet sei, statt des Gegenstands, den er nicht mehr leisten kann, den Ersatz in die Gesellschaft einzubringen, so erhalte sein Anspruch gegenüber dem Mitgesellschafter den Inhalt, daß er seinen eigenen Beitrag und den Ersatz in die Gesellschaftskasse leiste. Diese Abweichung von den übrigen gegenseitigen Verträgen rühre daher, daß es bei der Gesellschaft auf die Vergemeinschaftung, nicht auf den Austausch von Leistungen abgesehen sei. Auch bei den Verträgen auf Austausch würde an sich der schuldige Teil neben seiner Leistung Schadensersatz zu leisten haben; diesen Ersatz könnte er nun aber wieder an Stelle des untergegangenen Leistungsgegenstands verlangen, deshalb heben sich diese Forderungen gegenseitig auf und es bleibe nur die Pflicht

zur Bewirkung der eigenen Leistung; bei der Gesellschaft dagegen werde der Ersatzanspruch nicht aufgehoben, weil der geschuldete Gegenstand nicht in das Privatvermögen des Schädigenden, sondern in das Gesellschaftsvermögen gelangen sollte und deshalb auch der Schadensersatz in dieses fließen müsse.

Allein diese Ansicht Knoke's wird zwar dem Interesse desjenigen Gesellschafters, dessen Leistung unmöglich geworden ist, in weitgehendstem Maße gerecht; andrerseits aber legt sie den Mitgesellschaftern Verpflichtungen auf, die in zahlreichen Fällen durchaus nicht gerechtfertigt sind. Besagter Ansicht liegt nämlich der Mangel zu Grund, daß zwischen den durch § 324 gewährten Rechten und den Rechten, die wegen Vernichtung des einzubringenden Gegenstands durch den andern Teil gegen diesen erwachsen, nicht unterschieden wird. Dies mag an zwei Beispielen gezeigt werden.

A und B haben einen Gesellschaftsvertrag folgenden Inhalts abgeschlossen: In dem Hause des A soll auf gemeinsame Rechnung der beiden Gesellschafter ein gemischtes Warengeschäft betrieben werden. Jeder Gesellschafter soll eine Einlage von 10 000 ℳ machen; A soll Geschäftsführer sein und die kaufmännischen Verrichtungen übernehmen. Vom Gewinn soll A $^2/_3$, B $^1/_3$ zufallen; der Vertrag soll zunächst auf ein Jahr mit der Inaussichtnahme späterer Verlängerung abgeschlossen sein. Als nun B zu dem vertragsmäßig festgesetzten Termin seine Einlage machen will, verweigert A die Annahme, teilt dem B mit, daß er mit ihm nichts zu schaffen haben wolle und sich an den Vertrag nicht halte und verweist ihn aus seinem Hause. B klagt nun gegen A auf Entgegennahme des Geldes, auf Bewirkung seiner eigenen Einlage und Erfüllung der sonstigen Vertragspflichten. Die 10 000 ℳ deponiert er in der Zwischenzeit bei einer Bank, wo sie anläßlich des Zusammenbruchs dieser Bank verloren gehen. A eröffnet, dem Klagantrag gemäß verurteilt, das Geschäft auf gemeinschaftliche Rechnung und unter gemeinschaftlichem Namen und betreibt es, da B die Erneuerung seiner Einlage ablehnt, mit seinem Kapital in entsprechend eingeschränktem Umfang. Am Schluß des Geschäftsjahrs weigert er sich, dem B seinen Gewinnanteil auszubezahlen, da er keine Einlage geleistet habe. Was gebührt dem B?

Dem B steht vor allem kein Ersatzanspruch für die verlorenen 10 000 ℳ zu. Einen solchen Anspruch könnte er lediglich auf unerlaubte Handlung des A stützen. Nun hat aber A zwar schuldhaft und vertragswidrig gehandelt, als er die Annahme der 10 000 ℳ verweigerte, und hat damit deren Deponierung und damit deren Verlust verursacht. „Unerlaubt" im Sinn der §§ 823 ff. war seine Handlungsweise aber nicht. Daher ist eine Haftung aus § 823 nicht begründet; auch § 826 könnte schon wegen des Erfordernisses des Vorsatzes zur Begründung einer solchen Haftung nicht herangezogen werden. Die 10 000 ℳ sind dem B daher verloren; er konnte weder während der Dauer der Gesellschaft von A verlangen, daß er, wie Knoke will, weitere 10 000 ℳ für B einlege, noch kann er am Schluß der Geschäftszeit Ersatz für eine Einlage fordern, die er gar nicht gemacht hat.

Wohl aber ist B, da seine Leistung zu einer Zeit ohne seine Schuld unmöglich geworden ist, zu der der andre im Annahmeverzug war, und somit dieser die Unmöglichkeit zu vertreten hat, innerhalb des durch den Gesellschaftsvertrag geschaffenen Verpflichtungsverhältnisses so zu behandeln, wie wenn er seine Einlage geleistet hätte. Seine Leistung gilt als erfüllt (Mot. 2, S. 208). Es kommen ihm also vor allem auch die durch seine Leistungspflicht begründeten Anrechte an dem Gesellschaftsgewinn zu, ohne daß ihm wegen Nichtleistung seiner Einlage Gegenansprüche aufgerechnet werden könnten. Daher hat B von vornherein den Anspruch auf $^1/_3$ des erzielten Effektivgewinns.

Aber noch mehr: gilt seine Leistung als erfüllt, so hat er Anspruch auf den Gewinn, der für ihn aus dem Geschäft herausgesprungen wäre, wenn sein Kapital beteiligt gewesen wäre. Es ist also davon auszugehen, daß die beiderseitigen Einlagen vertragsmäßig bewirkt worden sind, und was unter dieser Annahme für B als Gewinnanteil ausgemittelt wird, das gebührt ihm auch insoweit, als dies ein Dritteil am Effektivgewinn übersteigt.

Diesen ihm gebührenden Anteil und nur diesen kann B aus dem Gesellschaftsvermögen fordern.

Haben dagegen A und B einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen des Inhalts, daß A 20 000 ℳ, B sein Warenlager einbringen solle, und gerät anläßlich einer Besichtigung des, wie A wußte, un-

versicherten Lagers durch die beiden Gesellschafter dieses durch eine Unvorsichtigkeit des A in Brand und wird vernichtet, so liegt der Fall anders. Nunmehr treffen die Erwägungen Knokes zu.

B kann von A gemäß § 823 Schadenersatz wegen der Vernichtung seiner Waren verlangen. Da er diesen Schadenersatz aber gemäß § 281 an Stelle der Waren als Einlage einbringen müßte, so gestaltet sich sein Anspruch gegen A tatsächlich so, daß er von ihm fordern kann, einmal seine vertragsmäßige Einlage von 20 000 ℳ, dazu aber den Wert des Warenlagers in die Gesellschaft einzubringen, und mit dieser doppelten Einlage die Gesellschaft auf gemeinsame Rechnung zu betreiben.

Hat A die gemeinschaftlichen Geschäfte nur mit seinem Kapital aufgenommen und betrieben, so kann B am Schluß der Geschäftsperiode den Gewinnanteil verlangen, der für ihn im Fall der Bewirkung der beiderseitigen Einlagen herausgesprungen wäre. Daneben aber bleibt ihm sein durch § 823 begründeter Schadenersatzanspruch gegen A wegen fahrlässiger Vernichtung seiner Waren.

Es ist auch denkbar, daß der Mitgesellschafter die durch seine Schuld unmöglich gewordene Einlage des Genossen selbst macht und das als gemeinschaftliches Unternehmen gedachte Geschäft auf eigene Rechnung betreibt.

So war in einem Gesellschaftsvertrag zwischen A und B die Bebauung eines dem A gehörigen Grundstücks auf gemeinschaftliche Rechnung verabredet worden. Beide Kontrahenten sollten bemüht sein, den Bau und somit das gegenseitige Interesse nach besten Kräften zu fördern und den aus den Mieten oder bei einem Verkauf sich ergebenden Gewinn teilen, auch etwaigen Ausfall bezw. Verlust zu gleichen Teilen tragen. B, der als Maurerpolier bei dem Bau tätig gewesen ist, hat aber vor dessen Vollendung seine Tätigkeit deshalb eingestellt, weil der andre ihm unter Drohungen erklärt hatte, er solle sich auf dem Bau nicht mehr sehen lassen. A hat in der Folge die Fertigstellung des Baues allein bewerkstelligt und das Haus verkauft. Er weigerte sich, dem B seinen Gewinnanteil auszufolgen.

Auch dieser Fall läßt sich mit Hilfe des § 324 in angemessener Weise lösen, indem zu Grund gelegt wird, B habe seine Leistung vertragsmäßig bewirkt. Soweit A an seiner Stelle tätig geworden

ist, hat er seine Geschäfte geführt, vergl. § 687 Abs. 2, B hat daher Anspruch auf die Hälfte des Gewinns, ohne daß ihm wegen Nichtleistung ein Abzug gemacht werden könnte. Wohl aber greift nunmehr die Bestimmung des § 324 Abs. 1 S. 2 ein; d. h. B muß sich das anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat.

III. Von den durch § 325 gewährten Rechten kann, da das Rücktrittsrecht, wie auch das Recht, bei teilweiser Unmöglichkeit unter Ablehnung des noch möglichen Teils den ganzen Vertrag zur Auflösung zu bringen, für die Gesellschaft durch das Kündigungsrecht ersetzt ist, für die Mitgesellschafter desjenigen, dessen Leistung durch einen Umstand, den er selbst zu vertreten hat, unmöglich geworden ist, nur noch das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, in Betracht kommen.

Daß dieses Recht den Gesellschaftern zusteht, ist schon deshalb außer Zweifel, weil es schon aus der allgemeinenhin giltigen Vorschrift des § 280 hervorgeht. Nur taucht hiebei die beim gegenseitigen Vertrag überhaupt bestehende Streitfrage auf, ob dieser Schadensersatz an Stelle der vertragsmäßigen Leistung, hier also des Beitrags des betreffenden Gesellschafters treten solle, so daß sich die Gesellschaft im übrigen unbehindert fortsetzte, oder ob sich der Vertrag auflöst und auf dieser Grundlage von den einzelnen Gesellschaftern der Schaden zu liquidieren ist, der für sie dadurch entstanden ist, daß das gesellschaftliche Unternehmen nicht zu Stande gekommen ist.

Indessen dürfte, für den Gesellschaftsvertrag jedenfalls, die Entscheidung im ersteren Sinn zu treffen sein; und zwar deshalb, weil eine Auflösung der Gesellschaft im Weg der Kündigung erreicht werden kann, ohne daß hiebei das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung entfiele. Denn es ist kein Anhaltspunkt dafür gegeben, daß die allgemeine Bestimmung des § 280 durch § 723 außer Kraft gesetzt sein sollte. Die Anwendung des § 325 auf den Gesellschaftsvertrag hat also nur dann eine Bedeutung, wenn den Mitgesellschaftern hierdurch das Recht eingeräumt ist, von dem, dessen Beitragsleistung unmöglich geworden ist, zu verlangen, daß

er den Wert, den seine Leistung für die Gesellschaft hatte, einwerfe, und weiterhin noch Gesellschafter bleibe, somit auch am Risiko des gemeinschaftlichen Geschäfts teilnehme.

c) Der Leistungsverzug. § 326 B.G.B.

§ 7.

Ein Gesellschafter kommt, soweit nicht § 284 Abs. 2 zutrifft, in Verzug, wenn er von einem seiner Mitgesellschafter vergeblich gemahnt worden ist. Denn wer klagen kann, kann auch mahnen.

Die Folgen des Verzugs sind zunächst, nach allgemeinen Grundsätzen, daß die Mitgesellschafter außer der Erfüllung Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens verlangen können, in der Weise, daß diese Schadensersatzforderung von jedem einzelnen Mitgesellschafter erhoben, der Schadensersatz aber nur aus Gesellschaftsvermögen geleistet werden kann; hat die Leistung des betreffenden Gesellschafters für die Mitgesellschafter kein Interesse mehr, so können sie an deren Stelle Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 286).

Daneben hat jeder Gesellschafter das Recht, dann, wenn der Leistungsverzug des einen einen wichtigen Grund i. S. des § 723 darstellt, sei es, daß ein besonders hohes Verschulden vorliegt, sei es, daß die Leistung eine sehr bedeutende ist oder durch den Verzug an Interesse erheblich verliert, den Gesellschaftsvertrag zu kündigen.

Stehen den Gesellschaftern auch die Rechte aus § 326 zu?

Hiezu bemerkt Schefold S. 81, die besonderen Bestimmungen des § 326 Abs. 1 passen nicht auf den Gesellschaftsvertrag; hier sei der einzelne zwar berechtigt, auf Leistung an Alle zu klagen, aber es könne ihm nie zustehen, ohne Übereinstimmung mit allen andern Gesellschaftern eine Frist mit der Folge des § 326 Abs. 1 zu setzen; denn nicht ein einzelner Gesellschafter, sondern die Gesellschafter haben zu entscheiden, welche Rechte sie gegen den Schuldigen geltend machen wollen.

Eschelbacher S. 29 erklärt den § 326 nur bei einer Gesellschaft von zwei Personen schlechthin für anwendbar. Bei einer Gesellschaft mit mehr Teilnehmern dagegen läßt er die Nachfristsetzung, aus-

gehend von demselben Gedanken, wie Schefold, daß nämlich der einzelne die Gesamtheit der Mitgesellschafter nicht des Rechts auf Erfüllung berauben dürfe, nur in der Weise zu, daß die Nichtsäumigen gemeinsam die säumigen Genossen mahnen müssen.

Cosack S. 436 äußert sich über die Nachfristsetzung nicht; zur Geltendmachung des Rücktrittsrechts und des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung aber verlangt auch er Einstimmigkeit; ebenso bezüglich des Rücktrittsrechts Planck S. 455; Crome S. 772; Örtmann S. 444 erklärt schlechthin die allgemeinen Regeln für entscheidend.

Auch Knoke S. 50 hält den § 326 für anwendbar; doch soll aus den schon angeführten Erwägungen schon die Nachfrist nur gemeinsam von den übrigen Genossen gesetzt werden können, während er hernach, nach fruchtlosem Ablauf der Frist, wieder jedem einzelnen das Recht zuerkennt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen.

Goldmann und Lilienthal dagegen, S. 741, geben jedem Gesellschafter das Recht, dem säumigen Genossen eine Frist gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 zu bestimmen. Die mehrfach ausgeführten Konsequenzen dieser Ansicht nehmen sie hin mit der Erklärung, daß das Gesetz davon ausgehe, daß grundsätzlich das Bestehen der Gesellschaft in Ansehung jedes einzelnen Gesellschafters von der Erfüllung der Verpflichtung aller Gesellschafter abhängig sei.

Es dürfte folgendermaßen zu entscheiden sein:

Die Anwendbarkeit des § 326 ist ein Erfordernis der Konsequenz.

Dagegen steht das Recht, für die Leistung des säumigen Genossen eine Nachfrist zu setzen mit der Bestimmung, daß nach deren Ablauf die Annahme der Leistung abgelehnt werde und mit der Wirkung, daß hernach Erfüllung nicht mehr verlangt werden kann, den nichtsäumigen Gesellschaftern nur gemeinsam zu. Dafür sprechen die in der Literatur zum Ausdruck gekommenen, angeführten Erwägungen, vor allem aber der Umstand, daß der „andre Teil" i. S. des Gesetzes die Gesamtheit der Mitgesellschafter ist.

Nach Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen; nunmehr kann es sich aber nicht um ein Wahlrecht zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt handeln. Denn wenn das Kündigungsrecht nicht schon infolge des Verzugs

an sich gegeben war, so steht es den Mitgesellschaftern des Säumigen jedenfalls dann zu, wenn letzterer nach Ablauf der Nachfrist noch nicht geleistet hat. Da dieses Kündigungsrecht aber hinsichtlich seiner Rechtsfolgen für die Zukunft dem Rücktrittsrecht gleich steht, die Rechtsfolgen des letzteren für die Vergangenheit aber, wie oben ausgeführt, beim Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sind, so hat das Rücktrittsrecht seine Bedeutung für diesen verloren. Somit handelt es sich nur noch um das Recht, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, und die Ersatzforderung kann, gleich der Beitragsforderung, von jedem beigetrieben werden, sofern nicht vorher seitens eines andern Gesellschafters gekündigt wird.

Kommt eine Einigung unter den Mitgesellschaftern nicht zu Stande, so daß eine Nachfrist nicht gesetzt werden kann, so ist dies jedenfalls als Grund zur Kündigung anzusehen; auf diese sind die Gesellschafter dann verwiesen, wenn sie sich mit den allgemeinen Verzugsfolgen nicht zufrieden geben wollen.

Verzeichnis der benützten Literatur.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1904.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1902, Bd. 2.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, 3. Auflage, Halle 1906, Bd. 2, II. Teil.
Dernburg, Pandekten, 1886, Bd. 2.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, Berlin 1903, Bd. 1.
Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands, Berlin 1899.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, eine Einführung in das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Marburg 1900, Bd. 1.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Eschelbacher, Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen, Rostocker Dissertation.
Fischer-Henle, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs mit Anmerkungen, München 1900.
Geib, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 28, S. 511—514.
Goldmann und Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, 2. Aufl., Berlin 1903.
Gruchot, Beiträge zur Erörterung des deutschen Rechts.
Jäntsch, Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1899.
Juristische Wochenschrift.
Kisch, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 44, 1903; S. 564 ff.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1900.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.
Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1899.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1899, Bd. 1.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Müller, Die Gesellschaft, Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 63, S. 405—412; 425—432.
Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, Bd. 1.

Örtmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900, Bd. 2.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898, Bd. 2.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Schefold, Der gegenseitige Vertrag im bürgerlichen Gesetzbuch, Tübinger Dissertation 1902.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Erlangen 1899.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B., 2. Aufl., Berlin 1904.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 7. Aufl., Berlin 1900, Bd. 1.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900.
Wendt, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., Frankfurt 1887.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, vergleichende Darstellung, 8. Aufl., Frankfurt 1900.
Verhandlungen des 27. deutschen Juristentags, Berlin 1905.
Zimmermann, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 54, S. 255 ff.